

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

KARIN LOIZE HOLLER MUSSI BERSOT

**PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

FOZ DO IGUAÇU

2011

KARIN LOIZE HOLLER MUSSI BERSOT

**PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Mestrado em 23/04/11, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, como requisito ao título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

FOZ DO IGUAÇU

2011

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 O CONTRADITÓRIO NO ESTADO LIBERAL	12
2.1 CARACTERÍSTICAS E ESTRUTURA DO ESTADO LIBERAL	12
2.1.1 A separação de poderes	24
2.1.2 O império da lei	27
2.1.3 A igualdade formal	30
2.1.4 A teoria dos direitos subjetivos públicos	32
2.2 RACIONALIZAÇÃO DO ESTADO.....	34
2.3 O MODELO PASSIVO DO JUÍZ E O PROTAGONISMO PROCESSUAL DAS PARTES.....	40
3 O CONTRADITÓRIO NO ESTADO SOCIAL	45
3.1 CARACTERÍSTICAS E ESTRUTURA DO ESTADO SOCIAL	46
3.2 PROCESSO COMO INSTITUTO DE BEM ESTAR SOCIAL	54
3.3 O ATIVISMO JUDICIAL.....	60
3.4 A DISTRIBUIÇÃO DOS PAPÉIS ENTRE OS SUJEITOS DO PROCESSO.....	69
4 O CONTRADITÓRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	76
4.1 CARACTERÍSTICAS E ESTRUTURA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	83
4.2 A FIGURA DO JUIZ	85
4.3 A DISTRIBUIÇÃO DO PAPEL DO JUIZ E DAS PARTES DO PROCESSO	93
4.4 O PROCESSO COMO LOCUS DE PARTICIPAÇÃO COMO GARANTIA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONTRADITÓRIO	99
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
REFERÊNCIAS	118

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo intitulado de “Princípio do Contraditório – Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito”, visa subsidiar uma discussão acerca de um modelo de processo civil que seja adequado ao Estado Democrático de Direito.

Cabe ressaltar que a pesquisa buscará demonstrar que a garantia de democratização do processo, capaz de impedir o modelo de jurisdição atrelado ao perfil positivista-liberal, concebido por um juiz dono da linguagem e afastado do caso concreto, implica em uma releitura do princípio do contraditório, reconhecendo-o não apenas como mera garantia formal de dizer e contradizer das partes, mas como direito de legítima participação e influência nas decisões, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Assim, o estudo caracteriza-se pela exposição da evolução histórica das teorias do processo e do contraditório, passando pelos três paradigmas na história do direito, como o Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

A formulação do problema é como formar um processo civil menos preocupado com os formalismos e afastado do caso concreto, que denunciam seu perfil positivista-liberal, e mais comprometido com a democracia e com os direitos fundamentais, já que é justamente essa a viragem paradigmática provocada pelo Estado Democrático de Direito.

A hipótese de trabalho é de que um modelo democrático do processo deve permitir uma participação legítima e constante de todos os sujeitos envolvidos no mesmo, o que se realizará a partir de uma nova e mais abrangente forma de visualização do princípio do contraditório, ou seja, o que se espera é um modelo de processo em que os pronunciamentos jurisdicionais serão fundamentados nas argumentações construídas por todos os envolvidos, com a garantia de uma decisão participada e não fruto de argumentos exclusivos do julgador.

O princípio processual e constitucional do contraditório é concebido como a necessidade de ser ouvido o cidadão perante o qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno exercício de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo.

Ocorre que o contraditório, com o fomento do constitucionalismo no século XX, não pode mais ser visto como uma mera formalidade a ser cumprida no

processo (dizer e contradizer das partes), mas deve ser encarado como um instituto vital de auxílio na aproximação do processo com a verdade material e, conseqüentemente, com o decidir justo no caso concreto, exigindo um constante diálogo entre todos os envolvidos no processo, que devem estar em posição hierárquica similar.

Essa “nova” visão do contraditório gerou o crescimento da importância do processo, que passou a ser percebido como um instituto fomentador da democracia, com a exigência de uma decisão judicial mais próxima da realidade discutida, dando-se prioridade para a matéria e não para a forma, para que, enfim, a sentença possa efetivamente ser justa e propiciar paz social.

E é justamente sobre essa “releitura” do princípio do contraditório que se assentará a presente pesquisa.

A pesquisa se iniciará a partir do paradigma liberal de um modelo processual fundado no domínio das partes, na igualdade formal e na passividade judicial. Acreditava-se que as partes tinham plenas condições de provar a existência do direito que alegavam possuir, devendo por isso o julgador manter-se em posição passiva.

O Estado Liberal tinha como premissa a menor intervenção estatal possível na vida do cidadão, pretendendo assim, a menor intervenção possível do juiz. Não se exigia do julgador a iniciativa probatória, pois, se assim não fosse, estaria sendo o juiz parcial e o Estado estaria intervindo, sem necessidade, nos assuntos das partes, violando, portanto, a sua principal premissa.

Diante disso, o contraditório passou a ser entendido como um princípio puramente formal, não alcançando os processos, em regra, os objetivos esperados, que pudessem legitimar o órgão judiciário como meio efetivo de estabelecer a paz social com a justiça no caso concreto.

Ainda se demonstrará que nessa época as influências exercidas pelas filosofias racionalistas sobre o direito processual civil foram responsáveis por uma concepção do direito como uma ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática, fator este preponderante para a eliminação da hermenêutica, apresentando o juiz uma duplicidade de inércia, visto que não tinha poderes para dar início ao processo e muito menos para determinar as provas que fossem necessárias para a formação de sua convicção.

A segunda parte da pesquisa relatará o esgotamento do liberalismo processual a partir do século XIX, quando se inicia a socialização do processo. O surgimento do socialismo jurídico defende um protagonismo judicial que exerceria uma atividade compensadora dos déficits de igualdade material, um procedimento oral e o processo como relação jurídica e instituição estatal de bem-estar social. Tal dogma serviu de embasamento para todas as reformas do século XX e criou, com a sua degeneração, ora um modelo solitário de aplicação do direito pelo juiz, com enorme enfraquecimento do papel dos outros sujeitos processuais, ora um modelo neoliberal de processo, preocupado tão somente com uma produtividade industrial de decisões em diminuto espaço processual.

Contudo, também se verá nessa parte da pesquisa que as reformas processuais ocorridas no Brasil a partir da década de noventa, apesar de fundadas em um discurso de socialização, sofreram grave influência do modelo neoliberal de processo, pois preocupadas tão somente com a máxima produtividade, sem dar a importância necessária aos princípios processuais constitucionais, o que denuncia o não abandono do modelo liberal e racionalista nas práticas processuais.

Por fim, a terceira e última parte da pesquisa estará assentada na maneira de estruturar-se o modelo de processo do Estado Democrático de Direito. Nesse modelo, há um retorno da finalidade de se alcançar a justiça no caso concreto. Ele está lastreado na efetiva participação dos sujeitos envolvidos no processo, em condições de paritária situação jurídica, de forma que possam fiscalizar e contribuir na construção de qualquer provimento.

E quando se fala que deve haver a participação dos envolvidos, não significa garantir o simples direito de manifestação no processo. A participação consiste em efetivamente influenciar na decisão, sendo que os fundamentos desta devem necessariamente ter sido objeto de amplo debate no curso do processo. Este é o cerne da garantia do contraditório.

Tem-se ainda que a premissa no Estado Democrático de Direito, é a observância dos valores fundamentais, ou seja, da dignidade da pessoa humana, da soberania, da cidadania, da construção de uma sociedade justa, livre e solidária, da promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação.

Diante de tais considerações, não há como sustentar a ideia de predominância de direitos patrimoniais, pois em escala de valores os direitos não patrimoniais, indisponíveis, estão acima daqueles.

A Constituição Federal de 1988 do Brasil marca historicamente a transição do nosso país para o Estado Democrático de Direito, o qual, com base no Constitucionalismo fundado na garantia dos direitos fundamentais, veio a suprir as deficiências dos Estados Liberal e Social, instaurando uma nova ordem social, onde o processo deixa de ser um mero instrumento da jurisdição para ser uma relação jurídica entre as partes e o juiz, atribuindo-lhe a obrigação de fundamentar as suas decisões em argumentos metajurídicos, pois, a sociedade exigiu novos direitos e a sua efetivação, não sendo mais suficiente aquela velha atuação do juiz, como mero declarador do texto da lei.

Com tal atribuição ao juiz de fundamentação das decisões com argumentos metajurídicos, a fim de atingir a pacificação social, o contraditório passou a ser visto para os instrumentalistas como mera tese e antítese entre as partes, sob a alegação de que essa nova fundamentação pelos juízes revelaria uma certa carga de imparcialidade.

Com isso, a Teoria da Instrumentalidade do Processo defenderam que o processo seria baseado nos institutos da Ação, Jurisdição, Processo e Defesa, em qualquer proceso, em afronta ao Estado Democrático de Direito, pois, por óbvio com ele não se coaduna.

Em síntese, o que se pretende nessa parte da pesquisa é que se possa dizer que somente será legítima a decisão resultante do confronto de argumentos e provas, realizado em procedimento caracterizado pela observância e respeito ao pleno exercício do contraditório, e que, orientada por regras e princípios constitutivos do direito vigente e pelas particularidades do caso concreto, confira, fundamentadamente, a cada parte o que é seu.

E pelo que foi exposto acima, tem-se que a presente pesquisa se justifica devido à necessidade de uma “nova” análise do princípio do contraditório, para que o processo esteja adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito, devendo ser visto como uma garantia constitucional das partes de participar na construção da decisão e de exercer o controle da fundamentação da mesma, já que o juiz tem o dever de motivar sua decisão nos argumentos jurídicos debatidos pelas partes. Em outras palavras, se buscará verificar como se conceber um processo como instrumento capaz de construir o próprio direito e não ser apenas um instrumento da jurisdição, como uma aplicação quase mecânica do direito objetivo ao caso concreto.

O objetivo geral é analisar as principais correntes do pensamento processual civil, com enfoque na forma como se realizava o contraditório, a partir do liberalismo processual e pela socialização do processo, bem como traçar quais são as condições de possibilidade para que o processo civil esteja comprometido com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Os objetivos específicos são investigar os compromissos do direito processual civil com o paradigma racionalista, no qual ainda está assentado, demonstrar que é também o paradigma racionalista que impede a compreensão hermenêutica da norma jurídica e a criação jurisprudencial, fazendo do direito uma criação única e exclusiva do legislador, distanciando-o da experiência; demonstrar que uma democracia verdadeiramente participativa somente se faz a partir do fortalecimento do Poder Judiciário, que não pode se limitar a aplicar o que foi produzido pelo legislador; demonstrar que o processo deve possibilitar a efetiva participação de todos os envolvidos, o que é diferente de um simples dizer e contradizer; demonstrar que a decisão somente pode ser fundamentada nos argumentos amplamente debatidos no processo.

A pesquisa buscará por meio dos trabalhos de Ovídio A. Batista da Silva demonstrar a necessidade da superação de uma visão dogmática do processo civil, que reduz o fenômeno jurídico a um “mundo normativo”, em que a lei tem um sentido unívoco e eterno, tendo como consequência o afastamento do direito do caso concreto e da própria vida social. Também por meio de suas obras a pesquisa percorrerá a formação histórica das instituições processuais, em especial no sentido de compreender a formação cultural de nossos juristas, a fim de se verificar qual ainda é o comprometimento do direito com os princípios preconizados pelas filosofias do liberalismo.

Entende o autor que a sumarização de uma determinada demanda pressupõe que o juiz esteja autorizado a fundamentar o julgamento, em certa medida, num juízo de verossimilhança, ou seja, em uma verdade possível naquele momento processual, levando-se em conta a supressão de certas provas, ou a eliminação de certas áreas do conflito, de modo que a lide não se apresente com as dimensões que poderia ter, o que fará com que o julgador não disponha de todos os elementos, de fato ou de direito, para formar o convencimento com a plenitude que seria desejável, caso as partes pudessem utilizar, na sustentação de suas

alegações, todos os fatos e todas as alegações possíveis de direito, que as amparassem.

Assim, frisa ainda o autor que partindo da premissa de que o juiz seria aquele ser inanimado imaginado por Montesquieu, incumbido de relevar a "vontade da lei", chaga-se à conclusão de que o magistrado não poderá prestar jurisdição valendo-se de um juízo de verossimilhança, porquanto, ao sustentar-se, não na "vontade da lei", mas na simples possibilidade de que essa seja sua verdadeira vontade, estaria outorgando à parte uma proteção que provavelmente não correspondesse à expressão daquela "vontade".

A partir de leituras das obras de Lenio Streck, vanguardista em matéria de hermenêutica jurídica, segundo o qual o direito não é desvelado a partir de um processo matemático relacionado a um mero ato de silogismo, mas a partir de um esclarecimento recíproco entre o sujeito cognoscente e o objeto focado. O intérprete deve estar inserido no contexto do caso concreto, por meio da linguagem, ao contrário do que determinam as posturas positivistas, que relegam o caso concreto a uma segunda coisa a ser observada pelo intérprete, quando é justamente a partir do contexto da faticidade em que está inserido o intérprete que exsurge o acontecer hermenêutico de que se faz referência.

Ressalta-se que o autor entende que uma exploração hermenêutica da construção do Direito, profundo e revolucionário, constitui o principal alicerce da reflexão, refuta a hermenêutica reprodutiva, afirmando que objetificar o Direito significa desconectar-se da realidade, alertando sobre a perda da fé do operador do Direito no processo de construção do discurso jurídico, analisando a auto-aplicabilidade das denominadas "normas programáticas" e a possibilidade de utilização do Poder Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas, entendendo que essa possibilidade deve-se ao fato do deslocamento do centro de decisões dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário.

Também a pesquisa trabalhará a percepção de Elio Fazzalari de que o processo seria um procedimento em contraditório, e não uma relação jurídico processual. A relação jurídica processual permite o exercício e a concatenação de vínculos jurídicos de subordinação entre os sujeitos processuais e impõe uma predominância no papel do juiz, com uma visão da jurisdição como atividade exclusiva dos juízes. Para Elio Fazzalari somente existe processo quando no *iter* de formação de um ato existe contraditório, entendido como a participação na

construção da decisão, em simétrica paridade de armas dos afetados pelo pronunciamento judicial.

Somente a partir da segunda fase do processo, denominada autonomista, foram reconhecidas as teses de jurisdição, ação, exceção, processo, procedimento tutela jurisdicional, o que possibilitou a Elio Fazzalari, percussor da reconstrução do processo como procedimento em contraditório, desenvolver a teoria que distinguiu o processo do procedimento com o atributo do contraditório, o que, segundo ele, implica na participação na construção da decisão pelo juiz, em contraposição à Teoria da Instrumentalidade do Processo, para a qual o processo não é um fim em si mesmo, mas busca escopos externos.

Por outro lado, a Teoria Constitucionalista contribuiu de modo a evidenciar que o processo deve ser pensado de acordo com a Constituição, em respeito aos direitos fundamentais, o que levou a doutrina tem, por esse motivo, iniciado estudos que dizem respeito ao 'direito processual constitucional,' exemplificando como direitos fundamentais processuais os direitos fundamentais ao acesso à Justiça, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, à razoável duração do processo e à celeridade processual.

Com isso, verifica-se que o contraditório é uma garantia constitucional e, além disso, segundo a teoria de Elio Fazzalari, garante a participação das partes na formação da convicção do Juiz na decisão, visto que, no Estado Democrático de Direito, o juiz deve fundamentar as decisões com argumentos jurídicos e racionais, de modo que, ainda, possibilite às partes exercer o controle da fundamentação das decisões.

Nesse contexto, o Direito Processual também é um direito fundamental que deve ser garantido pelo Estado, não apenas como direito fundamental em si mesmo, mas também como instrumento para efetividade dos demais direitos fundamentais, ou seja, o Direito Processual deve ser entendido como Direito Processual Constitucional, elaborado e aplicado conforme as normas constitucionais, pois, o estudo do Direito Processual só pode ser feito a partir da Constituição Federal, já que, se assim não fosse, muitos dos direitos fundamentais seriam violados.

Outro referencial teórico será a proposta de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira de um formalismo-valorativo, segundo o qual valores constitucionais como o da efetividade e o da segurança, devem dar lugar aos direitos fundamentais. Ou seja, a técnica passa a segundo plano, constituindo apenas um meio para atingir o fim último do processo, que é a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A forma serve para indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, atuando como uma garantia contra arbítrios, mas não pode gerar um excesso a ponto de comprometer a realização da justiça.

Esclarece o autor que é preciso repensar o problema como um todo, verificar as vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes da estruturação e organização do processo, estabelecer enfim os fundamentos do formalismo-valorativo, visto que seu poder ordenador, organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão.

Diante do exposto, a metodologia será a pesquisa bibliográfica e o método de abordagem será o fenomenológico-hermenêutica, pois se buscará realizar a pesquisa levando em consideração o contexto histórico em que os fatos ocorreram.

O método de procedimento será o histórico, porque pretende tratar dos aspectos do processo civil, com ênfase no contraditório, desde o Estado Liberal até a cultura jurídica dos dias de hoje.

2 O CONTRADITÓRIO NO ESTADO LIBERAL

2.1 CARACTERÍSTICAS E ESTRUTURA DO ESTADO LIBERAL

Para os primeiros doutrinários do liberalismo, o estado e a soberania eram os grandes inimigos da liberdade¹. O homem deveria fruir de liberdade e o estado o impedia disso. Daí a necessidade de se criar uma técnica de liberdade, com a limitação do poder estatal e de meios que possibilitassem manter o detentor da soberania dentro desses limites.

Surge então a primeira noção de Estado de Direito, cuja missão é defender e proteger a liberdade dos indivíduos, mantendo-se alheio a qualquer iniciativa social².

A Revolução Francesa de 1789, no fim do século XVIII, constituiu o primeiro regime jurídico-político da sociedade que materializava as novas relações econômicas e sociais, colocando de um lado os capitalistas (burgueses em ascensão) e do outro a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em decadência).

A Conflagração de 1789 foi uma revolta social da burguesia, inserida no Terceiro Estado francês, que se elevou do patamar de classe dominada e discriminada, destruindo os alicerces que sustentavam o absolutismo (que era o antigo regime), pondo fim ao Estado Monárquico autoritário.

Os revolucionários tendo como tema: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, liberdade para expansão dos seus empreendimentos e a obtenção de lucro; igualdade jurídica com aristocracia visando à abolição das discriminações; e fraternidade dos camponeses com o intuito de que apoiassem a revolução e lutassem por ela.

Nessa conjunção, a classe burguesa detinha o poder econômico, enquanto que o poder político estava sob o domínio da realeza e da nobreza. Logo, percebe-se que o princípio da não intervenção do Estado na economia, defendido pelo Estado Liberal, foi uma estratégia da burguesia para evitar a ingerência dos antigos monarcas e senhores feudais nas estruturas econômicas da época, garantindo a

¹BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992. p. 40.

²BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992. p. 40.

liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e obtenção do lucro.

Assim sendo, os capitalistas em elevação tinham liberdade para ditar a economia a seu favor, através da prática da autoregulação do mercado, a qual está sendo bastante utilizada atualmente, por meio do surgimento do Estado Neoliberal. Pregava-se a mínima intervenção do Estado na economia, criando a figura do “Estado Mínimo”, defendendo a ordem natural da economia de mercado, como o escopo de expandir seus domínios econômicos.

Nas palavras de Lênio Luiz Streck³:

Ele apresenta como características fundamentais que o definem as seguintes: a separação entre Estados e Sociedade Civil mediana pelo Direito, este visto como ideal de justiça; a garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre indivíduos e o Estado; a democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – referendun e plebiscito - bem como, para a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade; O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurado assim, a liberdade de atuação dos indivíduos.

Mas o Estado Liberal não era alheio ao conteúdo jurídico do Estado, pois, se assim fosse, haveria um esvaziamento do seu conteúdo liberal, que levaria a um positivismo jurídico preponderante, ou seja, à identificação do Direito somente com a lei, e o Estado a um Estado Legal, sem qualquer cunho de ordem material, substancial.

Não se deve desse modo, ver o Estado Liberal de Direito apenas sob a aparência formal – relativo à legalidade, mas deve ser analisado sob o conceito material, que diz respeito ao conteúdo da atividade estatal, da relação do Estado com seus cidadãos, de modo a assegurar as pretensões individuais frente à atuação estatal.

Continua, Lênio Luiz Streck⁴:

³STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 87

⁴STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Livraria do Advogado, 2000. p. 54.

Em decorrência, no entanto, de liberalismo puro pregar uma 'teoria antiestado', privilegiando o individualismo, a partir de 1880, foi surgindo um novo pensamento liberal – creditado aos democratas radicais, já que o modelo individualista não se adequava à nova realidade econômica vigente, principalmente no setor industrial. Para tanto, a função do Estado, que era meramente para a segurança individual, restou ampliada para ser o 'removedor de obstáculos para auto desenvolvimento dos homens'.

Assim, cabia ao Estado assegurar a liberdade dos indivíduos, ao resguardar os direitos de liberdade, o modelo liberal encontrou na teoria da separação dos poderes a matriz de sua constituição, estruturando a salvaguarda das liberdades na decomposição da soberania numa pluralidade de poderes.

O Estado Liberal, deste modo, é um Estado restrito pela lei. Assim sendo a fundamentação do direito não poderia mais se justificar em uma análise do Direito Natural, pautada em escopo meta jurídico, pois neste Estado Liberal a validade de uma decisão está intrinsecamente ligada à positividade da norma. E esta, por sua vez, é legítima quando observa os procedimentos de sua elaboração e é compelida a todos os indivíduos, de maneira universal.

A licitude do ordenamento jurídico vincula-se à observância ao princípio da legalidade, que dispõe acerca dos limites para interpretar e para aplicar o direito.

Nesta conjuntura, a lei impõe comportamentos aos indivíduos, permitindo-se fazer tudo aquilo que não é proibido por lei, são chamados direitos/limites negativos.

Nas palavras de Luiz Moreira⁵:

É através do recurso ao formalismo que Habermas vai entender o direito moderno como possibilitador da liberdade em termos negativos, ou seja, como esfera que possibilita aquele espaço onde as pessoas de direito podem exercer livremente seu arbítrio, resguardadas da intervenção estatal e ou privada. Pois aqui é permitido, logo, é lícito tudo aquilo que não é proibido. Nesse âmbito, não há uma regulação positiva dos deveres materiais concretos, mas sim a possibilidade de fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que não é vedado pela lei.

A norma jurídica é idealizada como geral e abstrata, assim, a edificação da decisão fundamenta-se em um silogismo, qual seja: premissa maior: texto normativo; premissa menor: pressupostos fáticos; conclusão: sentença.

O juiz se vê preso à lei e a interpretação do direito só se opera quando um texto normativo lei encontra-se obscura ou imperfeita, portanto, nota-se que a

⁵MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 34.

atuação do julgador é mínima, qual seja: aplicar a vontade da lei. Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal⁶: Ao Estado liberal burguês interessa o dogma da completude da lei como forma de o juiz garantir, em qualquer eventualidade, as liberdades negativas da intervenção do Estado na órbita indevassável dos direitos individuais.

A atividade hermenêutica do julgador limita-se à mera aplicação mecânica da norma ao fato. Assim sendo, verifica-se que a literalidade da norma é o elemento adotado para interpretar, isto é, a atividade do intérprete está restrita ao texto normativo, tratando-se, portanto, da denominada interpretação negativa.

Conforme Omar Serva Maciel⁷:

[...] no Estado Liberal o juiz deveria se portar como um autônomo aplicador da lei (até porque o Direito a ela se reduzia), lançando a mão de um raciocínio lógico-dedutivo para aplicar a norma (*rectius*: texto) ao caso concreto. Essa operação estritamente subsuntiva, tão típica do silogismo, não permitia incursões interpretativas de nenhuma natureza, tendo em vista que se reputa o texto normativo como infenso a expressões vagas ou indeterminadas.

Assim sendo, deduz que o provimento final, neste caso, não possui amparo material para a concretização da norma ao caso concreto, vez que a interpretação restringe-se na mera subsunção da norma à realidade fática. A atividade hermenêutica do julgador não se preocupava em observar as peculiaridades do caso concreto, pois a decisão judicial se alicerça em elementos puramente formais e abstratos, qual seja: a universalidade das leis, que se aplicavam a todos os casos, como se fossem iguais (igualmente formal).

No Estado Liberal é garantido ao cidadão uma igualdade de direitos e não de fato, por isso verifica-se a ocorrência desenfreada da desigualdade.

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho⁸: “A igualdade dos indivíduos é apenas teórica, de direito, bem como a igualdade política. A ocorrência favorece os fortes, criando desigualdades. Aparece uma sociedade desequilibrada”.

Neste contexto, os princípios fundamentais, sob a óptica liberal, visavam a garantir tão somente às liberdades negativas, que se constituíam em direitos de defesa ante o Estado e não como direitos de participação política na comunidade.

⁶LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

⁷MACIEL, Omar Serva. **Princípio de subsidiariedade e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 90.

⁸BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo:[s.n.], 1995. p. 02.

Os direitos e garantias fundamentais do Estado Liberal reduzem-se em: garantia dos direitos individuais, a livre concorrência e a não intervenção estatal nas atividades privadas, ou seja, preconiza-se a igualdade, a liberdade individual, e a propriedade.

Neste sentido, o indivíduo, na busca de interesses próprios, liberdade de mercado, procura encontrar sua felicidade, por isso o Estado tem por propósito garantir as liberdades individuais necessárias a esse empreendimento personalíssimo. Assim, verifica-se que o Estado de Direito é caracterizado por ser um Estado mínimo, objetivando acautelar tão somente a ordem social e a segurança pública.

Conforme José Joaquim Gomes Canotilho⁹:

[...] o Estado de direito é um Estado liberal no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa de ordem e segurança públicas (Estado polícia, Estado gendarme, Estado guarda noctuno), remetendo-se os domínios económicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual.

Neste contexto, entende-se que a liberdade econômica é sinônimo de cidadania e até mesmo de igualdade, vez que não se levava em consideração a realidade fática e as desigualdades sociais. O Estado visava garantir que a esfera privada dos indivíduos fosse protegida de interveniências súbitas e inesperadas dos governantes e também de outros indivíduos fosse protegida de interveniências súbitas e inesperadas dos governantes e também de outros indivíduos.

O paradigma Liberal, marcado pela expansão capitalista e, por conseguinte, pela grande exploração do homem pelo homem, o que ocasionou a miséria, a fome e profundas desigualdades sociais, nos demonstra que a concretização da igualdade se apresenta como algo muito distante, tendo em vista a omissão do Estado perante aos problemas econômicos e sociais.

Na lição de José Luiz Quadros de Magalhães¹⁰:

⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 97.

¹⁰MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p 44.

Esse individualismo dos séculos XVII e XVIII corporificado no Estado Liberal e a atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis. Combatida pelo pensamento marxista e pelo extremismo violento e fascista, a liberal democracia viu-se encurralada. O Estado não mais podia continuar se omitindo perante os problemas sociais e econômicos.

Em contrapartida à desigualdade social, o grande crescimento econômico, apoia a assertiva de que a igualdade, sob a óptica do paradigma do Estado Liberal de Direito, é puramente formal, pois o caráter de formalidade da igualdade tem por objetivo privilegiar a liberdade. Isto tendo em vista que, a liberdade econômica só poderia ser garantida se fosse admitida à igualdade de todos perante a lei, ou seja, igualdade formal. O Estado Liberal funcionava como um Estado a serviço da burguesia, pelo que dificultava o direito de associação, abandonava o mercado aos economicamente poderosos e reconhecia a liberdade e igualdade no plano formal.

Assim sendo, conclui-se que os princípios fundamentais do Estado Liberal alicerçam-se em elementos puramente formais e abstratos. E, diante à omissão estatal aos problemas sociais, que conduziram às desigualdades gritantes, surge o Estado Social de Direito para tentar corrigir os erros do Estado Liberal, empenhando-se em realizar uma releitura dos conceitos de liberdade, igualdade e propriedade.

Assim dispõe André Del Negri¹¹:

Com o início de uma nova era social, o Estado intervencionista toma corpo e em nome da solidariedade substitui-se a individualidade. O interesse coletivo passou a ter maior importância que o individual e a sociedade se fortalece surgindo os primeiros delineamentos de um Estado mais presente e atuante, se comparado ao Liberal.

Desta forma é que a igualdade, solenemente estampada na Declaração de 1789, não passou de expressão retórica. Ou melhor, se chegou a suprimir os privilégios formais do “*ancien regime*”, não concretizou quanto à desigualdade econômica patrimonial. Na ordem política que se instauraram, as pessoas passaram a iguais perante a lei, e regida como padrão de igualdade entre todos os seres humanos, mas que não operou uma modificação das condições materiais das

¹¹DEL NEGRI, André L. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 23.

classes populares, e a liberdade, desvirtuada na prática, passou a ser utilizada pelo homem burguês como capacidade ilimitada de exercer a sua iniciativa, a sua criatividade e os seus direitos individuais.

Com a elevação da burguesia à posição de classe dominante, acelerou-se o industrialismo e suas implicações socioeconômicas e culturais, abrindo caminho para um novo estágio de consciência sobre as necessidades básicas do ser humano. Com efeito, o desenvolvimento do capitalismo industrial, propiciando a urbanização e concentrando mão-de-obra assalariada, mormente nas fábricas, fez com que se formasse uma nova classe social, o proletariado, ou a moderna classe operário urbano-industrial.

Precisamente com a Revolução Industrial estruturou-se o Estado capitalista Liberal. O Estado do “*Laissez-faire*”, de não intervenção, da liberdade de iniciativa e de contrato; o Estado “gendarme”, que constituiu em garantir a livre atuação das forças do mercado, fundando na premissa de que, se todos defendessem os seus próprios interesses, o interesse coletivo seria automaticamente defendido. Por fim, o Estado que privilegiou o capital em detrimento do trabalho, em nome do direito de cada indivíduo contratar livremente com seu semelhante, sem proteção e a fiscalização estatal – o que unicamente significou a liberdade dos assalariados se colocarem nas mãos dos empregadores.

Evidente, pois, a enorme contradição entre os princípios divulgados nas declarações de direitos e a realidade cotidiana de amplos setores da sociedade, especialmente numa certa fase do capitalismo industrial. O proletariado estava submetido a todo tipo de exploração: jornada de trabalho excessiva, remuneração indigna, condições insalubres e insegurança no trabalho, abusiva situação trabalhista de mulheres e crianças, desemprego e miséria crescentes, péssimas condições de vida (moradia, saúde, alimentação, educação), dentre outros aspectos. Ante tais situações cruéis e desumanas, o proletariado reagiu com greves, agitações e rebeliões por toda parte, como as revoluções de 1848, ocorridas na França e na Alemanha, ou a célebre Comuna de Paris em 1871, movimentos primordialmente operários na sua origem.

Esse novo perfil que caracteriza a Europa do século XIX, com todas as suas nuances, possibilitou o desenvolvimento da crítica social, do ideário socialista de doutrinas alternativas, do sindicalismo e da organização política da classe operária e demais setores populares.

No contexto das lutas operárias, levadas a efeito desde o século anterior, surgiu o sindicalismo. Amadurecendo no seio das associações de auxílio mútuo no século XV, o movimento operário fortaleceu-se graças à conquista de liberdade de organização classista, primeiramente na Inglaterra (através de lei aprovada pelo Parlamento, em 1824), e mais tarde, de modo gradual, no restante da Europa e nos Estados Unidos. Os sindicatos guardaram pontos em comum com o socialismo e o anarquismo. Na Inglaterra, registra-se, o sindicalismo assumiu, via de regra, em feição reformista, da qual a “*Trade Union*” fundada em 1833 foi típico exemplo, as reivindicações eram majoritariamente de índole econômica, sem cogitar as alterações da estrutura político institucional. Na França e na Itália, porém, a ação sindical adotou tendência predominante revolucionária buscou a emancipação proletária por meio de mudanças radicais na sociedade.

Por outro lado, do mesmo caldo cultural europeu nasceram o anarquismo e o socialismo. Ambos propugnavam o fim da propriedade privada um dos principais valores protegidos pelas declarações dos direitos e o fim das diferenças de classe. Buscava, igualmente, a destruição do Estado, considerado um instrumento de opressão dos trabalhadores a serviço da burguesia. Todavia, para os socialistas, de um modo geral, o Estado burguês deveria ser substituído pelo Estado proletário, que aplainaria as desigualdades sociais. Já os anarquistas por seu turno, preconizavam a substituição do Estado pela cooperação de grupos associados, mecanismo de controle da sociedade.

Diante os mais notáveis anarquistas sobressaem os nomes de Pierre Joseph Produdhon numa primeira fase, Michel Bakurinin, Piotr Kropotkin e Leão Tolstoi. E, dos socialistas mais importantes, destacam-se: Henry de Saint-Simon, Louis Blanc, Augusto Blanqui e Charles Fourier – denominados de utópicos e, Karl Marx e Friedrich Engels, fundadores do socialismo científico. Mais tarde, os marxistas se dividiram em ortodoxos e revisionistas.

Em fevereiro de 1848, auxiliado por Engels, Marx fez publicar o Manifesto Comunista, ardente conclamação à união e às lutas proletárias e inequívocas fonte irradiadora do futuro comunismo. Mas foi a partir do texto A questão Judaica, quatro anos antes, em 1844, que Marx passou a denunciar a concepção liberal-burguesa dos direitos humanos, expressa nas declarações americana no ano de 1776 e Francesa no ano de 1789, negando sua universalidade e identificando-se com os interesses da classe social dominante. O pensamento marxista se funda na

sociedade ocidental de meados do século XIX, extremamente individualista, injusta e desigual, e que converteu o trabalho num instrumento de dominação. As contundentes investidas de Marx contra a declaração francesa, de 1789, apontavam, aliás, para uma contra fração do ideal de direitos humanos comuns a todos. O detalhe, aí, é que o problema não era de fundo, e sim de forma, o que é perceptível na análise do jurista Fábio Konder Comparato¹² que defendia:

Os direitos humano do homem, distintos dos direitos do homem egoísta, separado dos outros indivíduos e da comunidade, porque a burguesia do período da alta acumulação capitalista passara a subordinar a liberdade e a igualdade à propriedade.

Também a Igreja Católica se mostrou sensível aos problemas sociais do século XIX, em que pese a resistência inicial e a leitura imitada daquela realidade.

Assim, diante da gravidade da questão social, conflito entre capital x trabalho, ao mesmo tempo em que buscava se contrapor à doutrina marxista e amenizar os efeitos do capitalismo, o Papa Leão XIII denunciava com veemência os abusos e as injustiças praticados por um pequeno grupo de ricos e opulentos, e, contrariando a posição liberal capitalista de então, defendia a tese do dever do Estado de intervir no campo econômico social, através de medidas em prol dos interesses da classe operária incluindo o direito de organização sindical e da proteção dos direitos de todos os cidadãos, especialmente dos fracos e indigentes.

É claro que o contexto oitocentista de crise, desigualdade social e concentração da riqueza, tornara insuficientes as interpretações do liberalismo acerca dos direitos fundamentais entendidos como inerentes à natureza humana, independente de sua condição social ou da sua classe de origem. Assim, os movimentos de base passaram a questionar o fosso que se alargara entre os postulados de igualdade e liberdade para todos e a trágica situação vivida pelos trabalhadores, reivindicando a real efetivação de tais direitos declarados; os sindicatos e os partidos operários foram levados a clamar por mudanças profundas e pela atuação do Estado no plano coletivo, mormente quanto às relações de trabalho. E algumas melhorias apareceram pós 1870, tais como. Direito de greve,

¹²COMPARATO, Fábio Konder. A Estraneidade dos Direitos Humanos na América Latina. In: **Revista Latino Americana de Derejos Humanos**, Lima, Red LA/ MIIC, fev.1989.

regulamentação da jornada diária, seguros contra acidentes e contra invalidez, inquéritos para responsabilização patronal.

Nessa altura, o próprio capitalismo encontra-se em transformação. O espocar de revoluções nacionalistas na Itália, Alemanha e América Latina foi coletânea, como surgimento de grandes empresas, dos trustes e dos cartéis, e o capitalismo em expansão superou as fronteiras regionais, fazendo renascer a corrida colonialista. Em consequência, o mundo desistiu, na antevéspera do novo século, a partilha da África e da Ásia, bem como a política de alianças entre as potências dessa quadra, era o Imperialismo europeu, à procura de novas fontes de matéria prima, outros mercados consumidores e mais bases geopolíticas.

Por força das pressões da sociedade, cada vez maiores no final do século XIX, acabou se dando a transição do modelo liberal clássico para o Estado Social, perceptivo pelo paulatino abandono da atitude abstencionista por uma posição intervencionista propiciadora de meios de acesso aos bens sociais. A questão do conteúdo dos direitos humanos, portanto, foi transferida ao século XX.

Nas primeiras décadas deste século, a Revolução Mexicana de 1910 com sua Constituição socialista, a Constituição de Weimar na Alemanha de 1919 parte XIII do Tratado de Versalhes, ampliam na realidade sócio política a dimensão dos direitos humanos, que deixaram de ser entendidos apenas como direitos individuais e passaram a abarcar ainda que restritamente, em muitos lugares os direitos coletivos de natureza social. Surgiu, então, a crença de que os indivíduos que não têm direitos a conversar são os que, mas precisam do Estado.

Finalmente, com o findar da II Guerra Mundial o problema dos direitos básicos da pessoa humana foi posto mais uma vez na ordem do dia. Com a Carta das Nações Unidas, assinada em 26 de junho de 1945, criou-se uma organização internacional a ONU, voltada à permanente ação conjunta dos Estados na defesa da paz mundial, incluída aí a promoção dos direitos humanos e das liberdades públicas no seu primeiro artigo. Com tais propósitos, ao menos em tese a noção dos Direitos Humanos deixou de ser um compromisso de cada país, individualmente, para passar ao status de princípio internacional a inspirar as ações dos membros fundadores ou futuros da organização. Mas como a experiência já havia deixado claro que não pode haver paz sem justiça social, decidiu-se por uma Resolução específica sobre tais direitos, vagamente referidos na Carta. Assim é que, na terceira sessão ordinária da Assembleia Geral da ONU, verificada em Paris, aos 10 de

dezembro de 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, seguramente o documento de maior ressonância no presente século nesse particular.

A declaração, contendo trinta artigos, proclamou os direitos e liberdades fundamentais, com o ideal comum a ser atingido por todos, e tratou de exaustivamente enumerá-los com a finalidade de permitir-lhes melhor proteção jurídica, partindo do postulado geral de que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. É deveras significativo que a Assembleia Geral preliminarmente, tenha dado ênfase ao verbo proclamar, pois patenteia assim que não houve concessão ou mero reconhecimento de direitos, e com isso os remete à própria natureza humana, razão pela qual a ninguém nem mesmo a ONU cabe legitimidade para retirá-los de qualquer indivíduo.

Nesse ponto, a Declaração Universal avançou a concepção de direitos humanos, quer depreendendo os também do relacionamento do homem com o meio social, quer enxergando-os muito além das relações entre os indivíduos e o Estado ou da mera preocupação com a conservação de direitos. Uma prova disso é o artigo 22 do texto, que faz ecoar categoricamente o direito de todo ser humano à segurança social e à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Resumidamente, o exame dos artigos da Declaração revela três principais características: a certeza dos direitos com prévia e cristalina fixação de direitos e deveres, a segurança dos direitos impondo normas para sua respeitabilidade e a possibilidade dos direitos exigindo os meios para todos terem acesso ao gozo dos direitos.

A Declaração de 1948, ainda, se fez meritório não só por atualizar o rol dos direitos, em face das características da sociedade industrial, mas também, sobretudo por preceituar como compromissos de todos, ou seja, Estados e indivíduos, governantes e governados, a tarefa permanente da construção de um mundo onde todos os homens possam usufruir de uma vida digna, com pleno atendimento de suas necessidades primárias, materiais e espirituais.

Contudo a Declaração Universal dos Direitos Humanos não possui, tecnicamente, qualquer valor de obrigatoriedade para os Estados. Ela não é um tratado, mas sim um conjunto de recomendações, conquanto na forma qualificada

de proclamação. Conseqüentemente, o seu valor é meramente moral, indicando diretrizes a serem seguidas nesse assunto pelos Estados. Mesmo assim, deve-se frisar que os direitos e liberdades nela exaltados já são princípios gerais de direito ou direito costumeiro.

Tais ponderações remetem a uma dupla conclusão: a da ampliação do conceito de direitos humanos e da tibieza daquela Declaração no que concerne a sua eficácia, notadamente quanto aos direitos coletivos. Verifica-se, pois, que os problemas relativos à institucionalização dos direitos humanos não encontram no plano de sua realização concreta e no plano da exigibilidade.

Essa preocupação, certamente, esteve presente no cerne dos debates travados na ONU, após 1948, levando a uma paciente elaboração do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aprovado pela assembleia Geral, em 16 de dezembro de 1966, e que consagraram a segunda geração dos direitos humanos, pertinentes ao princípio da igualdade. Ou seja, da fase de reclamar direitos ou de os proteger frente ao Estado, que toda pessoa possui por sua qualidade como tal, passou-se a outra, de reivindicar os meios para que os direitos se tornem efetivos. E, via de consequência, entendeu-se um dever do Estado possibilitar amplamente os recursos devidos à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Com o Pacto, aliás, esses direitos se projetaram acima do patamar de pretensões individuais e coletivas perante o Estado, cabendo a este o papel de agente promotor das garantias e direitos chamados sociais que se encontra no artigo 2.

O referido Pacto Internacional, que os especialistas consideram se de aplicação progressiva, entrou em vigor em 1976. Dentre os direitos por ele consagrados, importa destacar: direito ao trabalho; direito a uma remuneração equitativa e que proporcione ao trabalhador e sua família condições dignas de existência; direito à previdência social; direito às condições de segurança e higiene no trabalho; direito a organização sindical fundar e se filiar a sindicatos; direito de greve; direito a cultura e ao lazer; proteção e assistência a família; cuidados especiais à gestante e à infância; direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados a uma melhora contínua das condições de existência; direito a toda pessoa estar protegida contra a fome; direito de toda pessoa ao mais alto nível

possível de saúde física e mental; direito à educação, devendo o ensino ser obrigatório e gratuito, fazendo-se acessível a todos.

Já a dicotomia entre os direitos proclamados na Declaração Universal e no Pacto de 1966 e a corriqueira realidade internacional, dá origem, nestas últimas décadas do século XX, a uma nova etapa no alargamento da noção de direitos humanos, como resultado direto da preocupante divisão do mundo entre países ricos e países pobres.

2.1.1 A separação de poderes

O Estado Liberal desenvolveu-se em torno de alguns princípios básicos, tais como o equilíbrio entre os Poderes, a certeza jurídica e a garantia dos direitos individuais, constitucionalidade e legalidade, hierarquia das leis e distinção entre atos de império e atos de gestão, autonomia da vontade e liberdade contratual.

A Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, adotada pelo Estado Liberal, era fundamental para a proteção dos direitos da liberdade.

Já, a doutrina de Montesquieu, inspirada por um sentimento radical de reação ao absolutismo, não podia condescender com as formas mitigadas de limitação de poder, como, por exemplo, a monarquia constitucional dos Estados europeus no período imediatamente posterior às guerras napoleônicas, os quais adotaram um constitucionalismo bastante tímido e moderado, em que prevaleciam ainda princípios de autoridade, tradição e passado.¹³

A burguesia, com o longo tirocínio de sua pugna contra o absolutismo, passara a desconfiar do poder. E no Estado liberal-democrático, erguido pelo constitucionalismo pós-revolucionário, o princípio liberal triunfara indiscutivelmente sobre o princípio democrático.¹⁴

A separação de poderes foi a forma de garantir o indivíduo, de rodeá-lo de proteção contra o Estado, implicitamente seu maior inimigo na teoria liberal, o *negativum* de que emanam as piores ameaças ao vasto círculo dos direitos

¹³BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992. p. 49.

¹⁴BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992. p. 68.

individuais, que a Revolução havia erigido em dogma de vitorioso evangelho político. Assim se explica a origem do célebre princípio da divisão de poderes.¹⁵

Montesquieu advogava o princípio liberal, abraçava a solução intermediária, relativista, que, de um lado, afastava o despotismo do rei e, de outro, não entregava o poder ao povo.¹⁶

José de Albuquerque Rocha¹⁷ observava que o objetivo de Montesquieu, ao idealizar os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, era preservar os princípios da sua própria classe, a nobreza, ameaçada tanto pelo rei, que almejava recuperar sua influência nacional quanto pela burguesia, que dominando o poder econômico, intentava o poder político. Elaborou, então, sua teoria que repartia o poder entre a burguesia, nobreza e a realeza, afastando, deste modo, a possibilidade da burguesia em crescimento ser a sua única detentora.

No tocante à Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, adotada pelo Estado Liberal, José de Albuquerque Rocha observa que o objetivo de Montesquieu ao idealizar os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, era preservar os privilégios da sua própria classe, a nobreza, ameaçada tanto pelo rei, que almejava recuperar sua influência nacional, quanto pela burguesia, que dominando o poder econômico, intentava o poder político. Elaborou, então, sua teoria que repartia o poder entre a burguesia, nobreza e realeza, afastando, deste modo, a possibilidade da burguesia em crescimento ser a sua única detentora.

Desse modo, o Estado de Direito, nos ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld¹⁸ pode ser definido:

[...] como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produza por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos os demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.

¹⁵BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992. p. 68.

¹⁶BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992. p. 70.

¹⁷ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: [s.n.], 1995. p. 128.

¹⁸SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4.ed. São Paulo:Malheiros, 2001. p. 38-39.

A separação de poderes é como vimos técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não se assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalmente precípua do velho liberalismo.

Com o moderno Estado Social cresceram, porém, os fins do Estado. Daí outro motivo para determinar o recuo necessário, se não o abandono a que se acha exposto, na doutrina política de nossos dias, o mencionado princípio, notadamente depois que as necessidades do mundo moderno impuseram ao poder estatal a ampliação de seus fins e o aumento contínuo da esfera de suas responsabilidades.

Desta feita, o Estado de Direito criou a figura do direito subjetivo público, isto é, a possibilidade do cidadão, sendo o titular do direito, ter a faculdade de exigí-lo (*facultas agendi*) em desfavor do Estado, regulando a atividade política, situação que não era prevista no Absolutismo, no qual apenas estabelecia direito subjetivo dos indivíduos nas suas relações recíprocas, isto é, o cidadão podia exigir o cumprimento de uma obrigação pactuada com outro cidadão, mas não em face do Estado.

Desta forma, o Estado de Direito, ao passar a impedir o exercício arbitrário do poder pelo governante e garantir o direito público subjetivo dos cidadãos, reconhece, constitucionalmente, e de uma forma mínima, direitos individuais fundamentais, como a liberdade apregoada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual foi mantida como preâmbulo da Constituição Francesa de 1791, consoante os ensinamentos de Norberto Bobbio¹⁹, assim delineados:

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto em linha de princípio invioláveis.

Assim, o Estado Liberal cria os chamados direitos de primeira geração, que decorrem da própria condição de indivíduo, de ser humano, situando-se, desta feita, no plano do ser, de conteúdo civil e político, que exigem do Estado uma postura negativa em face dos oprimidos, compreendendo, dentre outros, as liberdades

¹⁹BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. p.19.

clássicas, tais como, liberdade, propriedade, vida e segurança, denominados, também, de direitos subjetivos materiais ou substantivos.

É preciso ressaltar que tais direitos exigiam do Estado uma conduta negativa, isto é, uma omissão estatal em não invadir a esfera individual do nacional, que deixou de ser considerado mero súdito, elevando-se à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes estatais.

Seguindo os ensinamentos de Nicola Picardi²⁰, concluímos que na Europa continental foi consolidado o ensinamento segundo o qual a jurisprudência não constitui fonte de direito. Esta impositação apresenta a vantagem de salvaguardar o princípio da separação dos poderes.

O fato é que, entre o século XVIII e a primeira metade do século XX, registrou-se na Europa continental não tanto uma “esterilização política mas uma burocratização do juiz, que terminou por igualar substancialmente a função judiciária a administrativa. Ambas as funções foram consideradas, realmente, como divisões de um único aparelho de poder.

O poder em sentido exato era segurado e exercido indubitavelmente pelas elites políticas. O judiciário era considerado, assim, apenas como um mecanismo específico, que opera em um processo de interação social. Mais precisamente entendia-se que os juízes agissem por “delegação” de quem detivesse a soberania. Por consequência a magistratura parecia assumir a função de “subsistema”, que sustenta o poder político, operando no seu mesmo âmbito.

A atividade do juiz era extorquida das características próprias ao poder, devido sua função era a de exigir o respeito ao comando da lei. Na medida em que o judiciário resultou em uma mera divisão do poder legislativo ou do executivo, “ativou-se um processo de rebaixamento que encontrou, ao seu tempo, a sua lógica conclusão na passagem do poder judiciário a autoridade judiciária, a ordem judiciária e no serviço público da justiça.²¹

2.1.2 O império da lei

O reconhecimento do domínio da lei por meio do princípio da legalidade foi

²⁰PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. São Paulo: Forense Jurídica, 2008.

²¹PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. São Paulo: Forense Jurídica, 2008. p 146.

uma obrigação técnica dos ideais da revolução francesa na definição de reprimir qualquer conhecimento jurídico sucedido do antigo regime. Dessa forma, o magistrado não teria o livre arbítrio de atuar, sendo apenas um legítimo intérprete das expressões da lei. Fugia-se, assim, que a atividade do Estado se apartasse da pretensão popular e adjudicasse a um único cidadão o poder de resolver. A liberdade interpretativa em torno da lei era uma atividade preocupante e perigosa, sendo que o próprio juiz sofria em sua qualidade o preconceito burguês, pois significava um vestígio do antigo sistema no qual a figura do julgador representava uma espécie de longa *manus* do rei.

Para se criar de fato um Estado de Direito, o direito deveria adaptar-se com a lei e esta não poderia ser modificada pelo desejo de seus aplicadores. Dessa maneira, impedia-se a vontade dos mesmos.

Essa norma foi adequada para o momento histórico e, por outro lado, serviu como impulso inicial para o desenvolvimento de uma cultura dos direitos humanos. Com resultado, os direitos de primeira dimensão são obras dessa época e refletem, por seu turno, os anseios imediatos da burguesia. Nesse sentido, seguindo a lição de Ferreira Filho, tem-se que os direitos fundamentais definiam um núcleo irreduzível de liberdade para os cidadãos²². Ora, o valor essencial buscado pela sociedade não exigia uma posição operante do Estado, pois se tratava apenas de uma condição a ser garantida, qual seja, a liberdade. E mesmo quando se falava em igualdade, esta não tinha qualquer relação com a dimensão material e ativa hoje assumida, mas havia um temor a qualquer ato que pudesse esboçar uma diferenciação entre cidadãos, mesmo que isso representasse uma desigualdade material.

A ideia de liberdade²³ foi o fator importante relacionado ao império da lei. Precisava garantir um mínimo de segurança a essa denotação de liberdade, dessa forma, fazer com que ao cidadão ficasse plausível atingir tudo que não fosse proibido por lei. Nasce, dessa forma, a necessidade de equalização entre os indivíduos dentro do contexto social, estando tal equalização solidificada por meio da abstração e generalidade contidas na lei. Desarte, a igualdade, a igualdade, de modo óbvio formal, era uma qualidade de segurança para a própria liberdade e tal

²²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 8.

²³MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: **Estudos de direito processual civil em homenagem a Egas Direceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 16.

igualdade só seria admissível se fosse aceita a existência de um esboço legal que auxiliasse indistintamente para todos os cidadãos.

Nesse momento nasce a ideia de uma legislação perfeita, capaz de domar todas as teorias e probabilidades de ocorrências no mundo dos fatos. Tal condição de legislação perfeita impor a garantia às relações sociais e garantir a sociedade contra qualquer experiência discricionária de superioridade. No dizer de Marinoni:

Desejava-se uma lei abstrata, que pudesse albergar quaisquer situações concretas futuras, e assim eliminasse a necessidade da edição de novas leis e, especialmente, a possibilidade de o juiz, ao aplicá-la, ser levado a tomar em conta especificidades próprias e características de uma determinada situação²⁴.

Ainda a aplicação da lei aos casos concretos necessitaria ser executada sem a probabilidade de importância de características próprias. A generalidade e a abstração da lei eram valores incondicionais que necessitariam ser acatados e, portanto, qualquer aplicação ou particularização de situações concretas simularia uma forma de defloração à igualdade e, por lógica, uma iminência à própria liberdade.

Se tratando da Constituição, deve-se observar que, apesar o tempo concebesse o florescimento do constitucionalismo em sua fórmula clássica, a Constituição tinha o único papel de conter o abuso do poder, ou seja, um papel negativo.

Esse entendimento face ao Direito é identificado como um marco teórico para o positivismo clássico, pois equipara-se o Direito com a própria lei e a coloca em uma posição

Essa concepção em torno do Direito é identificada como um marco teórico para o positivismo clássico, pois equipara-se o Direito com a própria lei e a coloca em um pedestal, dessa forma cabe ao jurista apenas o papel de expor a definição literal da e adaptar-se nesse mesmo texto as pretensões do legislador.

A perfeição do princípio jurídico, significando ou não uma falácia, precisaria ser distinta, já que a essência de lacunas estabeleceria uma forma alternativa de coerência, fator que também conceberia um risco de retorno ao período arbitrário.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: **Estudos de direito processual civil em homenagem a Egas Direceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 16.

Por isso afirma-se que “a lei, compreendida como corpo de lei ou como Código era dotado de plenitude e, portanto, sempre teria de dar respostas aos conflitos de interesses”.

O modelo adotado pelo Estado Liberal, como assegurou, estimava a liberdade e a igualdade formal, princípios que só poderiam ser conseguidos com a garantia da não intervenção estatal nas relações entre os indivíduos, com o apartamento de poderes absoluto e com a subordinação total do Judiciário ao comando da lei.

O individualismo próprio desse sistema jurisdicional é outra característica citada, que demanda comentário. Em decorrência, a célere jurisdicional do Estado versava na solução de conflitos individuais. O juiz não poderia agir senão diante de uma clara e objetiva transgressão ao texto da lei, por isso que, o desempenho judicial sem a antecedente transgressão normativa importaria uma evidente influência do Estado na liberdade dos indivíduos. De outra forma, o desempenho do judiciário de modo coletivo, resguardando direitos de classes, conceberia uma transgressão aos parâmetros sociais alcançados pela Revolução. Basta idealizar que qualquer tipo de ação afirmativa concebe, na veracidade, uma natureza de discernimento, e, numa ideologia onde em primeiro lugar vem a igualdade formal, qualquer discriminação é vista como uma técnica abominável.

Diante dessas constatações, podemos afirmar que toda a estrutura processual estabelecida ao longo dos anos e a partir desse padrão teve um caráter individualista e legalista. Tais carências são advertidas em inúmeras legislações processuais passaram a surgir no mundo ocidental após o movimento francês.

2.1.3 A igualdade formal

Seguinte característica é a defesa do princípio da igualdade, uma das maiores pretensões da Revolução Francesa. Porém, é preciso observar quais os fatores que entusiasmaram a burguesia em ascensão a pregar a aplicação de tal princípio. Destaca-se que a igualdade aplicada é tão somente a formal, na qual se procurava a submissão de todos perante a lei, afastando-se o risco de qualquer discriminação. Depois, sob o manto de tal fundamento, todas as classes sociais seriam tratadas uniformemente, pois as leis teriam conteúdo geral e abstrato, não sendo específicas para determinado grupo social.

Mais uma estratégia da burguesia, pois se sabe que o sistema feudal, possuía uma estrutura estamental ou de ordens, ou seja, era composto por várias classes sociais, a que correspondiam diferentes ordenamentos jurídicos. Essa pluralidade de textos legais vigentes representava que a lei e a jurisdição eram distintas, variando conforme o grupo social do destinatário da norma. Tal situação acabava fazendo com que a realeza e a nobreza tivessem uma série de privilégios, enquanto a burguesia era discriminada.

Sobre o tema, Pedro Calmon²⁵ diz:

Percebe-se, pois, que esse grande número de ordenamentos jurídicos gerava temor à classe burguesa, pois temia que a nobreza, ainda detentora do poder político, continuasse implementando leis que conferissem privilégios apenas à sua casta. Então, os capitalistas idealizaram a criação de um único ordenamento jurídico, defendendo a igualdade formal, no qual todos eram iguais perante a lei, que possuía conteúdo geral e abstrato, aplicando-se indiscriminadamente a todos os grupos sociais, não permitindo o estabelecimento de prerrogativas para determinada classe em detrimento das outras, surgindo o conceito de Estado de Direito e a figura da Constituição, que passa a limitar os poderes do governante, visando conter seus arbítrios, que preponderam no Estado Monárquico, resumidos na conhecida frase de Luiz XVI, símbolo do poder pessoal: *l'État c'est moi*.

A realidade é que a burguesia fez da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes, onde triunfou o liberalismo, mas não a democracia.²⁶

A burguesia estava vitoriosa, pois falava em nome da sociedade, como se defendesse os interesses de todos, mas na prática buscava apenas seu próprio proveito, e tudo isso sem a interferência do Estado.²⁷

Surgem objeções a esse estado, exageradamente neutro às realidades sociais, e nas primeiras décadas do Século XX o Estado Liberal de Direito entrou em crise fazendo surgir o modelo constitucional do Estado, isso em virtude do desvio do modelo liberal da prática econômica e social, do conflito entre a realidade social e da não neutralidade do direito com respeito aos conflitos sociais. Para tanto, é revista a eficácia do Direito como limitação do poder, redimensionando a legalidade vigente.

O direito liberal imaginava que, para garantir a liberdade dos homens, deveria interferir o mínimo possível na esfera dos particulares. Sustentava-se, nessa época, a ideia da igualdade (formal) de todos perante a lei, proibindo-se o legislador

²⁵CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. p. 95.

²⁶BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992. p. 43.

de estabelecer tratamento diversificado às diferentes posições sociais. Supunha-se que, com a impossibilidade do Estado agir diante das necessidades sociais, estaria garantido o bem mais supremo do homem, que seria a sua liberdade, pouco importando se ela não pudesse ser usufruída por todos, e assim não fosse entendida como uma liberdade concreta.

Como as particularidades da sociedade deveriam ser ignoradas em nome da liberdade formal, o Estado liberal passou a legislar com os olhos em um cidadão “sem rosto”, ou que seria igual a todos, independentemente de suas sensíveis diferenças concretas. Diante disso, o princípio da igualdade formal – que não foi feito para o homem de carne e osso - trouxe uma série de discriminações e injustiças.

Nessa perspectiva, entendia-se que, para ser conservado o direito de ir a júízo, bastaria se dar ao cidadão o direito formal de apresentar sua pretensão em júízo e proibir o Estado de obstaculizar o exercício desse direito. Porém, pouco importava se o cidadão – aí também chamado de indivíduo-razão – teria condições econômicas de usufruir tal direito.

O direito ao poder judiciário era pensado – dentro da lógica do direito liberal – como direito que independeria da particular posição social ou da necessidade concreta do cidadão. Daí a ideia de uniformidade procedimental, ou melhor, da existência de um único procedimento para atender a tudo e a todos. Não pode haver dúvida, nesse sentido, que o procedimento ordinário traduz a ideia contida no mito da igualdade formal, conservando em si os fundamentos da ideologia liberal.²⁸

2.1.4 A teoria dos direitos subjetivos públicos

O Estado de Direito instituiu a figura do direito subjetivo público, ou seja, a probabilidade do cidadão, sendo o titular do direito, ter faculdade de exigí-lo e, desfavor do Estado, regulando a atividade política, situação que não era prevista no Absolutismo, no qual apenas estabelecia direito subjetivo dos indivíduos nas suas relações recíprocas, isto é, o cidadão podia exigir o cumprimento de uma obrigação pactuada com outro cidadão, mas não em face do Estado.

Desta forma, o Estado de Direito, ao passar a impedir o exercício arbitrário do poder pelo governante e garantir o direito público subjetivo dos cidadãos,

²⁸ PISANI, Andrea Proto. **Appunti sulla giustizia civile**. Bari: Cacucci, 1982. p. 24.

reconhece constitucionalmente, e de uma forma mínima, direitos individuais fundamentais, como a liberdade (apregoadada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual foi mantida como preâmbulo da Constituição Francesa de 1791).

Assim nos ensina Norberto Bobbio²⁹:

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento, e portanto em linha de princípio invioláveis.

Desta forma, o Estado Liberal institui os chamados “direitos de primeira geração”, que decorrem da própria condição de indivíduo, de ser humano, situando-se, desta feita, no plano do ser, de conteúdo civil e político, que exigem do Estado uma postura negativa em face dos oprimidos, compreendendo, dentre outros, as liberdades clássicas, tais como, liberdade, propriedade, vida e segurança, denominados, também, de direitos subjetivos materiais ou substantivos.

É necessário destacar que tais direitos exigiam do Estado uma conduta negativa, ou seja, uma omissão estatal em não invadir a esfera individual do nacional, que deixou de ser considerado mero súdito, elevando-se à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes estatais.

Ao lado dos direitos subjetivos materiais, criaram-se as garantias fundamentais, também chamadas de direitos subjetivos processuais (ou adjetivos ou formais ou instrumentais), visando, efetivamente, assegurar os direitos substantivos, como, por exemplo, o *Habeas corpus*, que tem o escopo de assegurar o direito à liberdade.

Na verdade, o que a burguesia representava era uma liberdade de cunho político, que se compadecia harmoniosamente com os seus interesses de classe social preponderante e com a ordem de relações econômicas que sustentava, como força vanguardista da Revolução Industrial incipiente.³⁰

Não havia de custar muito à crítica pós-revolucionária das primeiras décadas do século passado resumir todos os erros, lacunas e imperfeições daquele conceito

²⁹BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 19.

³⁰BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992. p. 67.

de liberdade, seu normativíssimo vazio e os inumeráveis claros que apresentava, declarando-o, por conseguinte, inoperante para prover as necessidades e reivindicações sociais das classes desfavorecidas, maiormente aquelas que compunham os escuros quadros da miséria urbana e proletária nas minas e fábricas da chamada Revolução Industrial.³¹

2.2 RACIONALIZAÇÃO DO ESTADO

Extintos que foram os direitos estamentais e abertas às vias do aparecimento da sociedade capitalista, a burguesia experimentava, agora, as espécies de maneira satisfatória maduras para se desatar do dirigismo e paternalismo da Administração, opondo, como diz Ehrhardt Soares³², à ética do Príncipe a razão da sociedade. Recebe então reconhecimento a ideia do público pensante que se preocupa pelas demandas que a todos afrontem e com competência para compartilhar na alteração das soluções nacionais; e, curiosamente, o impulso do iluminismo e o apelo à elucidação – que quando usurpados pelo Príncipe justificavam a arcana práxis – são agora readquiridos pela burguesia na sua requisição de divulgação nos negócios do Estado.

Num programa revolucionário de racionalização integral do Estado segundo os interesses da sociedade, concorriam, num certo sentido, as exigências específicas da burguesia como classe e da burguesia como público, identificadas e apresentadas como reivindicações da sociedade, o projeto de autonomia e auto regulação da vida econômica e a exigência de debate público das questões nacionais.³³

A racionalização, requerida fundamentalmente pelas necessidades de cálculo e segurança essencial à produção capitalista, lança-se na exigência de racionalização dos desempenhos do Estado e, em primeiro lugar, no controle da Administração; um Estado racionalizado será um Estado cuja atuação é previsível, em que a Administração está limitada por regras gerais e abstratas, em que as

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992. p.67.

³² NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2006. p. 41.

³³ NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2006. p.41.

esferas de autonomia dos cidadãos e a via econômica não estão à mercê de ingerências arbitrárias do Monarca, mas antes protegidas e salvaguardadas pelas decisões racionais da sociedade esclarecida, representada no órgão da vontade geral.³⁴

O processo de racionalização do Estado é indissociável do objetivo da sua limitação jurídica, dentro desses parâmetros. Em decorrência, se por um lado, os fins derradeiro visados com aquele processo, a proteção das autonomias individuais só encontram eficaz proteção no seu reconhecimento jurídico diante das Declarações de Direitos e Constituições do Liberalismo, por outro lado, as próprias técnicas dirigidas a garanti-los, divisão de poderes e princípio da legalidade da Administração – eram também técnicas essencialmente jurídicas legitimadas pelo império da razão legisladora vinculativa para todos.³⁵

Um Estado fundado e limitado pelo Direito, é um Estado racionalizado, numa definição em que restrição do Estado não se distingue visivelmente de obstáculo do Monarca, com a dependência do Executivo ao Legislativo, em que limitação pelo Direito se confunde com império da lei emitida pelo Parlamento.³⁶

No entanto, o adequado significado deste projeto não era parecido. Já que, se o domínio da lei e a divisão de poderes eram na maioria das vezes entendidos como subalternização dos órgãos executivos e judiciais relativamente à superioridade do Parlamento, já a natureza da importância dos direitos constitucionais dependia da abrangência que se conferia à soberania da lei. Concentrava-se ao amparo dos direitos contra o próprio legislativo ou, pelo contrário, Estado restrito pelo Direito não seria mais que Administração restringida pela Lei?³⁷

Deste modo, no Estado Liberal, o Estado de Direito era, especialmente, um conceito de luta política dirigida respectivamente contra a imprevisibilidade soberana no Estado de Polícia e os empecilhos sociais transmitidos pela sociedade estamental. É para garantir um núcleo de direitos fundamentais interpretados e integrados às luz dos valores soberanos da iniciativa privadas, da segurança da

³⁴NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2006.p. 41.

³⁵NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2006. p.42.

³⁶NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2006.p.44.

³⁷NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2006.p.44.

propriedade e das exigências de calculabilidade solicitadas pelo funcionamento do sistema capitalista que se orienta o projeto de racionalização do Estado movido a cabo pela burguesia.³⁸ Estado de Direito: a racionalização do Estado operada mediante uma limitação jurídica dirigida à eliminação do arbítrio e à proteção de uma esfera indisponível de autonomia individual.

Surgirá assim formalmente a racionalização liberal do Estado, não só como a racionalização liberal do Estado virá, assim, a surgir formalmente, não só como conquista da Sociedade sobre o Estado – não oponente servir os desígnios de superioridade política da burguesia, mas também do Direito sobre o arbítrio, já que, pelo meio de uma reservada compreensão de divisão de poderes, a restrição do Estado se fazia basicamente por meio de técnicas de natureza jurídica. Referimo-nos concretamente ao estabelecimento de um conjunto de órgãos dos quais pelo menos um deriva da eleição nacional com jurisdição pré-determinadas constitucionalmente, no domínio de uma bifurcação de poderes que aplica à supremacia do órgão legislativo a representação popular perante o império da lei e da dependência do executivo garantida pelo princípio da legalidade.³⁹

Na opinião iluminista, a aproximação da razão, pelo homem, como artifício de acesso às verdades incondicionais, acendeu espontaneamente em tão alto grau o direito quanto o processo civil, limitando os juristas a um mundo jurídico absolutamente desvinculado do mundo da existência, do mundo social.

A preponderância do vetor segurança a propósito do vetor justiça dependente a concepção do espírito científico moderno, sujeitando o pensamento jurídico a procedimento e a princípios das ciências lógicas experimentais, tentando, numa circulação estável e gradativa, o início da era das compilações, local do contentamento das leis do Estado, independentemente de ocasionais injustiças, até mesmo porque o direito se manifestaria na demonstração da vontade do soberano. Um mundo de conceitos e proposições jurídica, dando interrupção à tradição jusnaturalista e a ideia de sistema enquanto método, onde o ser dos entes incidia do próprio texto positivado, solícito pela prática da subsunção e sua afirmação das premissas maior (lei) e menor (caso concreto).

³⁸NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2006.p.73.

³⁹NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2006.p.74.

O Estado liberal foi marco de uma clara dependência constitucionalizada do poder de controle do Estado ao direito o que fez do positivismo jurídico um meio excepcional, determinando que o desempenho estatal se conservasse rigidamente restrito a lei, dessa forma o ordenamento jurídico positivado ostentou a função de limitador da pretensão do governante e, ao mesmo tempo, um garantidor do conjunto de direitos e garantias individuais, os quais não poderiam ir além nem mesmo pelo Estado.

Importante se deu o movimento constitucionalista neste panorama. O afrontamento dos problemas viventes a partir da monopolização do poder fez com que o direito moderno desse um apropriado salto rumo ao nascimento das constituições, local da racionalização dos aspectos políticos e sociais da comunidade.

Se hoje em dia é possível falar na declaração dos direitos sociais fundamentais, paulatinamente positivados nas constituições modernas, isso se deve precisamente ao nascimento dos movimentos constitucionalistas desde o constitucionalismo liberal do século XVIII, o qual procurou dar atenção, sobretudo aos indivíduos e a sua assistência contra ocasionais abusos cometidos pelo Estado e pelos outros indivíduos que compunham a sociedade. Essas constituições do modelo de Estado Liberal absorver-se na perspectiva da liberdade do indivíduo, numa tática claramente absentista.

Trazendo, assim, junto todos esses fatores estimáveis ao direito processual civil. A teoria da separação dos poderes contribuiu para amortizar o Poder Judiciário ao um poder subordinado, cuja obrigação não deveria ser outra senão a de reproduzir, com fidelidade, a lei.

Para não contrariar a teoria da separação dos poderes, é apropriado dizer que a celeridade jurisdicional no Estado de modalidade liberal serviu para evitar o arbítrio judicial, evidenciando-se, por isso, de modo eminente reprodutiva dos textos legislativos, o que impediria a transmutação do juiz em criador do direito.

No liberalismo, que seguia o exemplo iluminista de supervalorização da lei, o Estado tinha na Constituição a sua mais forte plataforma jurídica. Note-se que a própria Declaração francesa de 1789, no seu artigo 16, patenteou a obrigatoriedade de um texto constitucional composto precipuamente da decisão dos poderes e da declaração de direitos, com suas garantias. Aliás, na mentalidade juspositiva do século XIX, o sentido de Constituição era justamente este: era explícita a legalidade

e organiza as garantias. E o Estado Constitucional, oriundo das teses liberais, não era apenas um Estado não-interveniente, criado pelos interesses burgueses em contraposição ao absolutismo intervencionista; esse Estado era uma sistemática de explicações, montada a partir da ideia de que o poder existe com base no consentimento das pessoas, e que deve garantir a elas uma série de liberdades. Destarte, o Estado constitucional não era apenas um Estado com limitações, mas sim intrinsecamente limitado. Ora, esse arcabouço ideológico levou, na prática, primeira existência de um Estado impregnado de um formalismo que, ao não cogitar da distinção entre legalidade e legitimidade, afigurou-se excludente.

Esses acontecimentos acabaram por tirar da atividade judicial quaisquer probabilidades que desfazer-se à assistência do cerne constitutivo do Estado liberal: os direitos individuais. Contudo, em pleno século XXI, é desse judiciário que depende o contentamento dos direitos social-fundamentais? Parece que não.

Nos ensinamentos de Ovídio Batista da Silva⁴⁰, como nosso padrão epistemológico ficou preso ao Iluminismo, ancorado nos dois pressupostos que o inspiram, quais seja, a redução do fenômeno jurídico apenas ao “mundo normativo”; e ao pressuposto de ser a lei uma proposição de sentido unívoco, o sistema, conseqüentemente, “congelou-se”, dogmatizando-se, sem que a doutrina e mesmo a prática forense ficassem liberadas para acompanhar as transformações sociais, ocorridas nos dois séculos que nos separam dos movimentos liberais que culminaram a Revolução Francesa, mesmo passados dois séculos desde o início dos movimentos liberais, o processo civil continua assentado nos pressupostos daquele período, pois o direito se transformou em um conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade, sem qualquer vínculo com a história.

Ainda segundo Ovídio⁴¹ o sistema processual mantém seus compromissos com o Racionalismo e “deste compromisso é que provem à suposição de que a lei jurídica seja uma proposição análoga às verdades matemáticas”, tendo como consequência o sentido à-histórico de nossas instituições.

Assim, a norma jurídica tem um sentido unívoco, visto que ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreende-la”, mas, ao contrário, com a

⁴⁰SILVA, Ovídio A. Batista. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 01.

⁴¹SILVA, Ovídio A. Batista. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p 16-17.

neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua vontade.⁴²

Ainda tem-se que ficou excluída qualquer possibilidade de compreensão hermenêutica do texto, pois a produção do direito era obra exclusiva do legislador, que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo.⁴³

Tudo parecia simples. Os códigos conteriam solução para todos os casos que fossem levados a julgamento e ao juiz caberia simplesmente dizer qual norma se aplicava.

Exemplo disso foi o Código de Napoleão, o qual se acreditava que resolveria qualquer problema do dia-a-dia, razão pela qual não podia de forma alguma ser interpretado. Assim, tendo a lei sentido unívoco, de modo a dispensar sua compreensão hermenêutica, então à proposição legislativa haveria de ser a expressão da “vontade do legislador”, conseqüentemente a expressão da vontade do poder constituído”. Como dia Cappelletti, era a lei produzida pelo Poder, não a lei criada por seus “consumidores”.⁴⁴

Essa situação ao contrário do que se apregoava na concepção do Estado Liberal, propiciava a existência de um modelo político autoritário, não democrático.

Como se verá no decorrer do presente estudo, a democracia está atrelada a um Judiciário forte, completamente diferente do Judiciário “engessado” defendido naquela época e ainda presente.

Nesse contexto temos as palavras de Ovídio⁴⁵, senão vejamos:

Esta rejuvenescedora imersão do Direito no mundo real dar-lhe-á condições de conviver com o individual, aproximando-se da História, pois o processo, cuja importância é cada vez mais significativa, tem como objeto, precisamente, um pedaço da história humana. Com efeito, que é a lide, senão uma pequena unidade da história vivida por seres reais?

[...]

Generalizar, ao contrário, significa furtar-se ao exame do caso, tratando-o como se ele fizesse parte de uma “série de fenômenos idênticos”, tal como o físico se comportaria para constituir a regra.

⁴²SILVA, Ovídio A. Batista. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p 17.

⁴³SILVA, Ovídio A. Batista. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p 21-24.

⁴⁴SILVA, Ovídio A. Batista. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p 25.

⁴⁵SILVA, Ovídio A. Batista. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p 265-266.

2.3 O MODELO PASSIVO DO JUÍZ E O PROTAGONISMO PROCESSUAL DAS PARTES

O sistema de ideias dominante na ocasião era a do processo como ambiente no qual se manifestava a autonomia e a liberdade⁴⁶ das partes privadas, as quais deveriam ter a ingerência sobre todos os instrumentos processuais satisfatórios para desenvolver, por empreendimento adequado, uma concorrência individual que se dava em anverso ao juiz, o qual fazia o papel de adequado árbitro cujo desempenho era exclusivamente de garantir acatamento às normas do embate.⁴⁷

Esses princípios foram recendidos por ambas as principais legislações processuais genuinamente liberais dos oitocentos: o Código napoleônico de 1806 e o Código italiano de 1865. Nestes, quase não existiam metodologias especiais e, ainda, casos de jurisdição voluntária, os quais, por sua vez, eram obedecidos como procedimentos de caráter claramente administrativo. A aprovação da ação não estava dependente a nenhuma aprovação do juiz, uma vez que se tratava de serviço necessário do Estado e estava no domínio incondicional dos particulares. A regra do litígio, ademais, era entendida no seu sentido mais rigoroso, de modo que as partes não obtinham nenhuma colaboração do juiz na fixação da prova. Ainda nesse sentido, era confiada às partes a disposição do processo e o controle do tempo. Salvo a audiência de discussão oral, o processo se desenvolvia na forma escrita,⁴⁸ inclusive na fase instrutora, que era remetida integralmente à disponibilidade das partes, as quais podiam prolongá-la indefinidamente.⁴⁹

Assim sendo, pode-se averiguar que a formação de um processo inserido inteiramente na independente iniciativa individual dos particulares, no qual a intercessão do juiz era diminuída ao mínimo, respondia bem às ideologias burgos-liberais.⁵⁰ O processo civil forjava-se, de um lado, pelo dogma da liberdade das partes privadas no processo e, de outro, pelo dogma da mais completa tutela dos

⁴⁷TARUFFO, Michele. Cultura e processo. **Revista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 63, n. 1, p. 72, mar. 2009.

⁴⁸TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura. In: GUASTINI, R.; REBUFFA, G. **Dottrine del processo civile**: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 15-16.

⁴⁹TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi**. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 115-116.

TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi**. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 67-68.

direitos processuais das partes.⁵¹ É fácil constatar que o comando das partes sobre a gestão do processo transferia o ideal da autonomia pessoal da esfera da ideologia política à administração da justiça.⁵² O processo civil foi, desta feita, reconduzido a um ideal individualista, enquanto contestação de duas partes autônomas frente a uma Corte passiva, pensado, ainda, como uma mera continuação de outros meios de relações privadas⁵³ instituídas sob os auspícios da cultura da época.

Obvio, portanto, que o Estado Liberal Clássico edificou um modelo de juiz passivo, concordando com a concepção liberal, segundo a qual o Estado tinha a obrigação impedir qualquer intervenção na gestão dos afazeres privados. Ao mesmo tempo, adaptou as contiguidades do processo civil a partir de um forte controle estatal sobre o juiz no momento de determinar, uniformizando rigorosamente o comportamento dos juízes às orientações políticas do governo. Conseguia-se, dessa maneira, um vasto controle sobre as decisões tomadas pelos juízes, de modo a garantir a supremacia da legislação.

Nesse sentido, “a lei é aquela que o legislador diz que é, e os juízes são apenas os seus porta vozes, autômatos, através dos quais a lei é expressa, isto é, através dos quais o Legislador fala. Em todas as sentenças, o Juiz é obrigado a referir o artigo do Código ou a lei, ou do decreto real, sob o qual é fundamento a sentença: ele é somente a *bouche de la loi*. Esta foi à atitude dos revolucionários franceses, que temiam que os tribunais conservadores pudessem fazer o que os velhos Parlamentos tinham feito coarctar o poder dos políticos que controlavam as assembleias representativas e em particular a Convenção (*convention*), que era uma combinação do parlamento e do governo. O único poder histórico que se sobrepôs ao conservadorismo do Banco de Magistrados foi o legislador. Daqui decorre o clube dos *Nomophiles* na Paris revolucionária e o seu recurso para restringir o poder dos juízes, e transformá-los em “*buches de la loi*” mecânicos: daqui também decorre o édito de Napoleão contra os comentários aos seus Códigos.

⁵¹TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi**. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 143.

⁵²DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo..** Bologna: Società Editrice il Mulino, 2002. p. 168.

⁵³DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo..** Bologna: Società Editrice il Mulino, 2002. p. 343.

Edizione originale: *The Faces of Justice and State Authority*. Basta pensar, nesse sentido, a concepção dominante na época da ação como elemento do direito substancial (TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi**. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 143).

Esta atitude revolucionária e Napoleônica foi como bem conhecemos continuada pelos professores do século XIX da *Ecole de l'exégese* (Escola da Exegese) que não ensinavam à lei, mas os Códigos.⁵⁴

Deste modo, não cabia ao Juiz, nem as partes contribuir para a abrangência do sentido do direito. O perfil do processo no Estado Liberal Clássico, portanto, pode ser sucinto no seguinte binômio: “total liberdade das partes privadas frente ao juiz; forte controle político sobre o juiz por parte do governo”.⁵⁵

Conforme os ensinamentos de Dierle José Coelho Nunes⁵⁶:

Delineavam-se, em regra, legislações e sistemas processuais lastreados em princípios técnicos, agora liberais (liberalismo processual), quais sejam: a igualdade formal dos cidadãos, a escritura (mantida da fase pré-liberal) e, especialmente, o princípio dispositivo. Todos esses princípios técnicos buscavam a manutenção da imparcialidade e de um comportamento passivo por parte do juiz.

Diante da competente estruturação estatal liberal, o processo se dimensionava no ponto de vista privatística como mero instrumento de decisão de subversão e era concebido como instrumento privado, apresentado em benefício das partes.

O papel do Judiciário se Restringia à aplicação das normas, não havendo probabilidade de intrometer-se nas funções políticas do Legislativo.

A autonomia privada, encarada como verdadeira autonomia da vontade permite aos cidadãos uma autossuficiência em relação ao Estado que lhes permite promover a própria defesa endoprocessual, mesmo na esfera penal.

Entende-se, dessa forma, que, além dos princípios do domínio das partes no processo e da escritura, conservada pelo novo suporte estatal e herdada do processo comum, dois outros princípios ganham enorme tamanho no liberalismo processual, quais sejam, a igualdade formal e o princípio dispositivo.

Imaginou-se na fase do liberalismo processual, uma compreensão formal de igualdade que implicava a inexistência de disparidade entre os indivíduos.

⁵⁴CAENEGEM, R. C. Van. **Oráculos da Lei ou Bouche de la Loi**: considerações históricas sobre o papel dos juízes. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL O PERFIL DO JUIZ NA TRADIÇÃO OCIDENTAL. Lisboa: Almedina, 2007. p. 40.

⁵⁵TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi**. Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980. p. 149.

⁵⁶NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2010. p 73.

Tal entendimento provocava, no processo, uma incoerência de compensações de desigualdades (sociais e econômicas) – estratégias corretivas – pela atividade judicial ou pela assistência de advogados subsidiados pelo Estado.

Embora, o contraditório se reduz a uma mera bilateralidade de audiência.

Neste sentido, Nicola Picardi⁵⁷, aduz:

Em sua base não se vislumbra mais uma orientação problemática e uma lógica argumentativa, mas uma racionalidade objetiva formal e calculante.

[...]

O papel do juiz era radicalmente mudado. A função judiciária vinha despersonalizada e atribuída a um juiz concebido como Homo burocraticus, que agia, assim, segundo a lógica burocrática, e cuja atividade era previsível, fungível e controlável.

[...]

No novo contexto, verifica-se, contudo, uma instintiva desconfiança em relação à controvérsia, ao diálogo e à prova testemunhal. Esse período é marcado pela passagem do diálogo para a razão.

Efetivamente, com o jus naturalismo moderno já se evidenciava uma linha de decadência do princípio do contraditório. Abandonada a metodologia dialética da investigação, o contraditório tendia então a se resolver em uma mecânica contraposição de teses e, em última análise, em uma prova de forças. Iniciava assim o processo de formalização e de transcrição do diálogo em termos de direitos e obrigações. À concepção clássica de verdade “provável” sucedia-se a confiança na existência de uma verdade objetiva, absoluta, preconstituída. Outro problema era, depois, o de identificar – com base em postulados epistemológicos, respectivamente, empirísticos ou racionalísticos – tal verdade com a verdade “material” ou com a “formal”. Seja como for, tinha-se que tais verdades poderiam ser alcançadas mesmo sem o contraditório. Correlativamente, nesta época, delineava-se a tendência a desvalorizar a prova testemunhal e privilegiar o documento, a prova preconstituída e a prova legal⁵⁸.

Frisa deixar esclarecido, em princípio, a ideia de restringir o poder do juiz teve um desígnio legítimo, pois o judiciário possuía analogia com o antigo regime. Apesar disso, depois ela passou a ser utilizada para dar guarida às pretensões da burguesia, para quem era necessário um Estado que garantisse sua plena liberdade

⁵⁷PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. São Paulo: Forense Jurídica, 2008. p. 136.

⁵⁸PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. São Paulo: Forense Jurídica, 2008.

para se desenvolver nos plano social e econômico. Com isso, um poder de julgar que estivesse adstrito a afirmar a autoridade da lei seria primoroso.

O direito liberal-clássico estava preocupado com a defesa da liberdade do cidadão em relação ao Estado. É por isso que, diante do direito constitucional de origem liberal-burguesa, pensava-se em direito de defesa apenas em relação ao Estado. Nessa época, ao contrário do que ocorre hoje, o Estado era visto na qualidade de “inimigo público”.⁵⁹

Sobre tudo, idealizava que, para a prevenção da liberdade, seria fundamental manter o Estado longe da esfera dos particulares. Como o Estado liberal não se incomodava em resguardar os menos favorecidos e em solicitar políticas públicas para uma organização comunitária mais justa, mas apenas em manter em funcionamento a construção de mercado, sem qualquer apreensão com as alterações das classes sociais, qualquer intervenção do Estado junto aos particulares era vista como uma influência indevida.

⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 274.

3 O CONTRADITÓRIO NO ESTADO SOCIAL

É certo que para a compreensão do desenvolvimento do Estado Social brasileiro, se faz necessário mencionar que sua instituição se deu como consequência da transformação superestrutural pela qual o Estado Liberal passou, pois como marco histórico à consolidação do Estado Social, tem-se o pós Segunda Guerra Mundial, visto que foi nesse momento em que se assentou a necessidade de reconhecer os direitos sociais, colocando-se o Estado, na obrigação de garantir um mínimo de bem estar social, com a redistribuição dos recursos tanto econômicos, quanto sociais e culturais.

Tem-se, portanto, que o objetivo do Estado Social é ser um Estado produtor da igualdade e não de desigualdades sociais, visto que esse objetivo, ou seja, a promoção da igualdade material, deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional em se tratando de estabelecer equivalência de direitos, e, por conseguinte, obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas e a prover meios, se necessário, para concretizar os comandos normativos de isonomia.⁶⁰

Sendo assim, diante das mutações sociais estimuladas pela industrialização, informatização, globalização e por diversos movimentos sociais, o Estado Liberal foi sendo automaticamente substituído por um Estado Social, chegando ao atual estágio de Estado Democrático de direito.

Com esses processos de mudanças, se vivenciou uma instabilidade social sem precedentes, pois a intervenção estatal passou a ser forçada na economia e nas relações privadas, resultando em uma verdadeira socialização dos direitos civis, perdendo o seu caráter individualista, passando a adquirir um caráter protetivo sobre a pessoa humana enquanto membro da própria sociedade em que vive.

O que se passou a ter foi um direito mais humano que focaliza a tutela pessoal, buscando o bem estar social, fundamentando-se na dignidade do ser humano, visto que não apenas o Código Civil deixou de ser o direito absoluto do sistema jurídico brasileiro, mas também surgiram diversos outros sistemas tratando da matéria, bem como a Constituição Federal de 1988, passando a versar sobre matéria antes de exclusividade do direito privado, ou seja, a Constituição de 1988 é basicamente, em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado

⁶⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 343.

Social, visto que os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento, pois uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social, tem-se que a primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo do Direito e ao absolutismo no Poder⁶¹.

Sendo assim, além do surgimento dos princípios protetores de diversas relações do direito civil, surgiu ainda a supremacia constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que imprimiu uma preocupação no constituinte em especificar e positivar o contraditório e demais princípios na Constituição Cidadã de 1988.

No entanto, afirmar que ocorreu a prevalência dos interesses da personalidade no direito privado não seria o suficiente, pois o que ocorreu foi uma reconstrução do direito civil, do qual passou a não enxergar uma maior ou menos tutela das situações patrimoniais, mas passou a buscar uma tutela quantitativamente produtiva, tendo como objetivo a dignidade da pessoa humana, sendo que a proteção dos direitos individuais tomou, portanto, um novo rumo em direção à sua efetivação e justiça social, contudo, não produziu o efetivo valor aos princípios processuais constitucionais, o que aponta a não abdicação ao modelo liberal e racionalista nas práticas processuais.

3.1 CARACTERÍSTICAS E ESTRUTURA DO ESTADO SOCIAL

Conforme mencionado, diante das profundas desigualdades sociais, oriundas do Estado Liberal, surge o Estado Social de Direito, que diante desta circunstância histórica, aparece um Estado interventor que, na busca de um bem estar coletivo, aproveitou-se do processo judicial como instrumento de realização da justiça e da paz social, passando o Estado a assumir as funções de agente conformador da realidade social em face do advento de uma sociedade de massas marcada por conflitos sociais, o que contribuiu para que o Estado passasse ainda a

⁶¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 336.

desempenhar função socialmente integradora, reduzindo as desigualdades sociais e propiciando certas condições para emancipação do indivíduo⁶².

O Estado Social de Direito busca contrabalancear as relações econômicas e sociais, pois já estava ultrapassada àquela ideia de que a simples normatização de leis pudesse garantir a efetividade dos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e propriedade.

Sendo assim, pode-se dizer que este Estado Social, objetiva concretizar os direitos individuais, avaliados como fundamentais, os quais foram consagrados pelas Declarações e Constituições. Ressalta-se ainda que o Estado, a princípio, assegura aos indivíduos os direitos sociais, atribuindo à coletividade uma ordem jurídica materialmente justa.

Em definição ao Estado Social, Ritter⁶³, descreve que:

O Estado social é a resposta a crescente necessidade de que exista uma regulação das relações sociais e econômicas, cada vez mais complexas, que acompanham a industrialização e ao processo de urbanização. Constitui, pois, a resposta a menor significação que vão tomando as formas tradicionais de assistência ou ajuda social, sobretudo na família, e o agravamento da oposição entre as classes sociais. Seu objetivo, portanto, é integrar a população através da assistência e da seguridade social, de uma igualdade acrescentada e duma cogestão político-social objetivando estabilizar o sistema político, social e econômico existente mediante um processo de adaptação contínua, e transformá-lo, ao mesmo tempo, de uma maneira evolutiva.

As Constituições sociais apresentam em seu texto os direitos de segunda geração, quais sejam: os direitos sociais, que disciplinam sobre os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, ao direito à greve, à saúde, à educação, à subsistência.

André Cordeiro Leal⁶⁴ explica que os deveres do Estado, antes negativos, assumem também caráter positivo, no sentido de que o Estado deve agir efetivamente para garantir os direitos sociais mínimos à população, tais como educação e saúde.

⁶² SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: o substrato clássico e novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 294.

⁶³ RITTER, Gerhard. **El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991. p. 37.

⁶⁴ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**: No direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.27.

Sendo assim, o Estado passa a assumir atividades privadas, exercidas, antes, somente pelo particular, nasce, portanto os Direitos Sociais, que redefiniram os conceitos de igualdade e liberdade, ou seja, o Estado social e democrático de direito passa a caracteriza-se pela constitucionalização das relações de classe, sendo que exemplos empíricos dessa juridicização são as garantias trabalhistas e de seguridade social, pois essa onda de juridicização, como nas etapas anteriores, obedece a uma tentativa de equilibrar em termos jurídicos a disputa que ocorre no âmbito da ação, visto que nesse caso, as normas jurídicas têm a função de manter, em níveis razoáveis, o conflito entre classes sociais, sendo que a função específica das garantias oferecidas pelo Estado democrático e social é absolver os efeitos externos de uma produção baseada na mão-de-obra assalariada⁶⁵.

Tendo em vista o aproveitamento pleno de seus princípios, o Estado Social se vincula a alargar a sua área de atuação devido a novas missões a ele atribuídas, como, por exemplo, a regulação das atividades e demandas sociais, afastando-se ainda mais do conceito de Estado mínimo e não interventor, aproximando-se cada vez mais do indivíduo, buscando efetivamente garantir os seus direitos, seja na seara individual, seja na seara coletiva, perseguindo a consecução do bem comum.

É certo ainda, que a separação dos poderes, símbolo da velha ordem constitucional, também sofreu uma reformulação, pois o Executivo se valia de instrumentos que possibilitassem a sua intervenção na sociedade em nome do interesse da coletividade; ao Legislativo cabia a função precípua de exercer o controle da Administração Pública, bem como a elaboração de leis que viessem a tutelar as liberdades individuais e coletivas, e, o Judiciário tinha a missão de interpretar o direito através da hermenêutica jurídica, enfocando a aproximação da aplicação do direito às necessidades sociais.

Posto isto, competiria ao juiz, no exercício de sua função jurisdicional, materializar o princípio da igualdade e a justiça no caso concreto, o que abrandava o papel dos outros sujeitos processuais, preocupado tão somente com uma efetiva produtividade industrial de decisões.

Após a Segunda Grande Guerra Mundial, o Estado Social passou a ser agente de questionamentos por parte da sociedade, pois não era mais capaz de

⁶⁵MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 58.

asseguradas as pretensões sociais, econômicas e jurídicas da sociedade, que estava constantemente em processo de evolução.

Assim, o fenômeno da globalização avançava a passos largos e, a sua legitimação passou a ser questionada, é certo que aqui não se prescindem de forma alguma os avanços e as contribuições para a evolução da sociedade que este tipo de Estado proporcionou, contudo, tem-se que conforme assegura Enio Moraes da Silva⁶⁶ a fragilidade desse tipo de Estado é desnudada quando a manifestação do seu aspecto social não passa de mero paternalismo e este se encontra imiscuído em uma estrutura política concentradora de poder, autocrática, ou mesmo carecedora de legitimidade popular.

Não obstante a isto, outro fator preponderante para o estabelecimento da crise no Estado Social foi a falta de soberania popular, elemento indispensável a uma verdadeira democracia, coligada à manutenção dos direitos fundamentais do homem, bem como à busca da igualdade material e à justiça social formavam, o “trinômio estrutural do Estado”, surgindo a partir deste momento, um novo modelo de Estado que, ou seja, o Estado Democrático de Direito.⁶⁷

Salienta-se que, embora a Constituição Federal de 1988 não tenha inserido nenhuma cláusula denominada de “Estado Social”, é notório que esta constituição ultrapassou, tanto formalmente quanto materialmente os textos anteriores, ao prever sobre os Direitos Sociais em capítulo próprio, mais precisamente no Capítulo II, do Título II, o qual retirou a matéria da condição inominada em que permanecia no campo da Ordem Econômica e Social.

A Carta Magna ainda passou a alterar toda uma ordem jurídica quando da sua aplicação, pois com o conhecimento do Direito adequado, aniquilou com as normas arbitrárias e incoerentes, ampliando satisfatoriamente o rol de garantias constitucionais, bem como passou a prever de forma clara o princípio do contraditório, em seu artigo 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

⁶⁶SILVA, Ênio Moras da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 42, n. 167, p. 225, jul./set. 2005.

⁶⁷ SILVA, Ênio Moras da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 42, n. 167, p. 225, jul./set. 2005.

Em observância ao princípio do contraditório, Didier⁶⁸ entende que:

Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Posto isto, entre os tempos de guerras, presenciou-se uma retomada do Estado na função de gestor direto da ordem social, não como havia no Estado Absoluto, que tinha a função fiscal e político-econômica, mas como sendo uma fonte de inspiração atuando diretamente na integração social. Contudo, a questão dos ajustes econômicos nos tempos entre guerras predominou sob as questões sociais. Preferiu-se inicialmente a uma forte intervenção na economia durante das décadas de 20 e 30, para corrigir os transtornos sociais que então ocorriam, passando assim, para o fim do Estado Liberal, surgindo a Seguridade como mecanismo de ajuste entre o Estado e o indivíduo.

Torna-se, portanto, o Estado Social um grande empregador nas primeiras três décadas do século XX, com o pleno objetivo de reprimir o crescimento do índice de desemprego, passando a arrecadar fundos como paliativo para minimizar os efeitos da Primeira Guerra Mundial, destinando-os a um complexo de serviços sociais que provinham de previsões tributárias ordinárias, consolidando-se a preocupação do Estado em garantir o mínimo de dignidade aos mutilados das duas Grandes Guerras e aos miseráveis desamparados.

Nesse contexto, o Estado Social dirigiu à superação do caráter negativo dos direitos fundamentais, transmudando-se em ferramentas de controle da ação positiva estatal, norteadas pela vontade coletiva. Dessa forma, os direitos econômicos, sociais e políticos deixam de ser pedidos meramente informativos e dependentes da reserva do possível para ascender a categorias jurídicas imperativas.

⁶⁸DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 45.

Passou-se, portanto, à fase de repercussão do Estado de Bem-Estar que aconteceu nas décadas de 50 a 70, após o final da Segunda Guerra Mundial, iniciando-se a repercussão do Estado Social pelos países ocidentais.

Experimentou-se em vários países, principalmente nos anos sessenta, o crescimento de gastos públicos com índices até acima do PIB (Produto Interno Bruto). A Rússia já havia institucionalizado o Estado Social. A Revolução Russa de 1917 foi a implantação do Estado Social.⁶⁹

Após da Segunda Guerra Mundial, a economia capitalista foi amparada pela repartição de renda e de bens pelo Estado. A efetivação pública do Bem-Estar Social tinha duas funções, quais sejam, garantir a paz e garantir uma demanda econômica sustentável.

O Estado de Bem-Estar passou a gozar de um elevado grau de aceitabilidade por todo mundo, o mesmo aconteceu com as políticas keynesianas. As sociedades ocidentais conheceram a partir dos anos cinquenta, o grande crescimento econômico simultaneamente a uma extensão de bem-estar às camadas mais abertas da sociedade.

Após as duas Grandes Guerras o que se teve foi a sensação de que o *Welfare State* correspondia de modo eficaz à realidade, o que sem dúvidas poderia acreditar no fim do conflito ideológico entre esquerda e direita ou entre a liberdade e igualdade, o que foi terminantemente equivocado pelo decurso dos acontecimentos.

A crise econômica de 1973 apontou a crise do Estado Social, e, ao mesmo tempo, do modo de política econômica keynesiana, visto que no início dos anos 80, a fase de pujança econômica iniciada após a Segunda Guerra Mundial chega ao fim, aliando-se ao aumento descontrolado de gastos públicos e, a decisão dos Estados Unidos de não manter a convertibilidade do dólar em ouro, haja vista a quantidade de moeda americana em circulação em outros países, sendo estes fatores determinantes para crise do Estado Social.

Assim, desse momento em diante, ficou impossível permanecer a estrutura keynesiana de política econômica, passando o Estado a cobrar mais impostos para manter sua estrutura, aniquilando com desenvolvimento econômico, por não submeter os serviços públicos ao estímulo de competitividade.

⁶⁹CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio (Coords.). **Curso de especialização em direito previdenciário**. Curitiba: Jaruá, 2006.

Diante disso, o Estado passa a coexistir com a incoerência de diminuir os investimentos públicos e aumentar a carga tributária e de contribuições sociais para amparar os altos custos assistenciais que beneficiavam milhares de pessoas. Estes fatores acarretaram a recessão econômica e o aumento da inflação, que as fórmulas keynesianas não poderiam mais resolver.⁷⁰

A base ideológica e política do Estado de Bem-Estar permaneceu até a década de 80 em meio a onda conservadora e neoliberal, que não mais suportava a manutenção do modelo social, tendo sido o Neoliberalismo o elemento principal de contradição a este modelo nos anos 80 e 90, sob os argumentos de que este modelo arranca do mercado os apoios para investir e empreender, reprimindo a Economia de Mercado.

Nesse contexto, o Estado passa a suportar o elevado custo do bem-estar, incitado pelo acelerado crescimento das burocracias tanto de ordem social, como econômica e jurídica, sendo que a principal proposta do Neoliberalismo é uma potente oposição ao superdimensionamento do tamanho do Estado, que deve ser guerreado com a Privatização dos serviços públicos, a contenção do poder dos sindicatos e a redução da burocracia.

Tem-se, assim, uma grave e longa crise do Estado Social que afeta todas as estruturas, tanto política, quanto socioeconômicas e jurídicas, atingindo o processo civil, por meio de decisões judiciais preocupadas apenas em produtividade, sem a observância da efetivação do direito ao caso concreto, visto que sob a influência do neoliberalismo de processo, passa a não dar importância aos princípios constitucionais, bem como ao princípio do contraditório.

Diante de tais considerações, pode-se dizer que a principal característica do Estado Social é oferecer segurança e certeza econômica aos indivíduos, por meio da garantia de bem estar, onde a intervenção estatal é imprescindível nos âmbitos social, econômico e laboral.

Dessa forma, tem-se que ao contrário do Estado Liberal que foi um Estado “mínimo”, o Estado Social pretendeu dar uma resposta às novas questões sociais surgidas com a Revolução Industrial, pois era clara a manifesta incapacidade do Estado Liberal para solucionar os novos problemas surgidos pela transformação do

⁷⁰ MISHRA, Ramesh. **O Estado-providência na sociedade capitalista**. Oeiras: Celta, 1995.

sistema capitalista, utilizando-se o Estado Social do respeito aos direitos individuais, para a criação dos direitos sociais.

Sendo assim, diante da intensa desigualdade que se instalou com o Estado Liberal, passando a surgir o Estado Social, é feita uma releitura das bases da derrocada ordem liberal, a fim de que se minimize a distância entre a minoria burguesa e o restante da população, ou seja, a classe proletária.

Houve ainda a reinterpretação da teoria tripartida da separação de poderes, com definição de novas funções ao Legislativo, ao Executivo e, sobretudo, ao Judiciário, o qual, como mencionado, passa a aplicar o direito de modo mais concreto e finalista, objetivando garantir direitos legalmente assegurados, implantando, por conseguinte, a denominada justiça social.

Da mesma forma, também no âmbito dos direitos individuais houve uma releitura, visto que os direitos de liberdade, igualdade e propriedade, antes apenas formalmente assegurados no texto constitucional, passam a ser, de fato, aplicados a todos, e não apenas à burguesia. O Estado passa a atuar com maior ingerência nas relações individuais, inicialmente no âmbito econômico e, num momento seguinte, implementando direitos sociais constitucionalmente garantidos, como saúde e trabalho, conhecidos como direitos de segunda geração.

Entretanto, consoante expõe Carvalho Netto⁷¹:

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material.

Houve, por assim dizer, nas palavras de Marcelo Andrade Cattoni⁷², uma redefinição dos clássicos direitos liberais de primeira geração, adaptando-os à nova necessidade social, pois o direito, por seu turno, “passa a ser interpretado como sistema de regras e de princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores

⁷¹CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos Paradigmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte, n. 3, maio 1999. p. 480.

⁷²CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 59.

fundamentais (*ordem material de valores*, como entendeu a Corte Constitucional Federal alemã), bem como de programas e fins, realizáveis no *limite do possível*".

Embora ter ultrapassado as bases individualistas sobre a qual se ajustou o Estado Liberal, o Estado do Bem-Estar Social acabou por "sufocar" o indivíduo pelas suas intervenções, no entanto, foram as bases por ele disseminadas que possibilitaram o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, conforme será visto.

3.2 PROCESSO COMO INSTITUTO DE BEM ESTAR SOCIAL

Ao adentrar no tema em questão, imprescindível mencionar que da Grécia antiga surgiu a ideia de justiça social, período histórico este que diferenciou a justiça comutativa da justiça distributiva, pois aquela correspondia à igualdade formal prevista pela legislação e, esta figurava a igualdade substancial, ou seja, a ideia central era no sentido de que a justiça já era social, tinha-se, portanto, uma justiça que por si só já era uma virtude social.

Mais tarde, com a passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno, o conceito de Justiça evoluiu, pois nessa época o Estado apenas se limitava em declarar formalmente os direitos humanos, vigorando o *laissez-faire*, presumindo que todos eram iguais, limitando-se a ordem constitucional na criação de instrumentos de acesso à justiça, sem nenhuma preocupação com eficiência e efetividade.

Ainda, por meio das nações civilizadas, surge no século XX, uma maior atenção com o social, deixando as Constituições de atuarem como simples declarações de direito, passando a garantir os direitos fundamentais de forma acessível e efetivo, ou seja, passa-se a ter uma outra percepção do Estado Social de Direito, momento em que o processo, como instrumento da garantia constitucional da tutela jurisdicional, foi reformulado.

Sendo assim, tem-se que o processo é instrumento de materialização da justiça, a qual deve-se dirigir ao social, com o objetivo de por meio da liberdade individual, estreitar seu relacionamento com o processo, pois sem respeito ao indivíduo não há justiça social, bem como sem permitir o acesso do indivíduo à

justiça, não há justiça Social, visto que todo obstáculo ao indivíduo perante o Judiciário é frustrar a justiça social.⁷³

Já na Europa, houve uma alteração dos ideais até então vigente, mais precisamente no período em que se sucede à 2ª Grande Guerra, passando a dispor sobre a simples aplicação pelo Estado das normas estabelecidas pelo legislador, nascendo o movimento conhecido como neoconstitucionalismo, sendo que este passou a prever a tutela da dignidade da pessoa humana.

Ainda, com o surgimento do Estado Social de Direito, diante do clamor social após a 2ª Guerra Mundial, os Estados passaram a objetivar um Direito mais garantista, utilizando-se de um direito processual civil socialmente inclusivo, o qual preocupava-se em tutelar os direitos humanos.

No entanto, com o passar dos anos, as normas jurídicas, bem como as normas de processo, deixaram de coadunarem com o objetivo proposto a princípio, que era o garantismo dos direitos humanos, passando o ordenamento não se mostrar apto a satisfazer a tutela jurisdicional de forma ampla e efetiva.

A fase inicial do Estado de Bem-Estar Social compreende o período de 1850 a 1925, quando iniciam as articulações entre a responsabilidade social e a democracia, visto que até quando o domínio da burguesia era completo, viveu-se o Liberalismo.

Sendo assim, à medida que o Estado tende a desprender-se do controle burguês da classe, e este se enfraquece, passa a ser o Estado de todas as classes, período em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social.

Nasce aí a noção contemporânea de Estado Social, Estado este em que a classe operária almejava por direitos políticos na defesa de seus direitos sociais, visto que quando o Estado transforma-se em agente ativo na economia e no âmbito protetivo de direito, evolui-se para o Estado Social, distinto do Estado Socialista quando este se apodera das estruturas privadas da economia, estornando a iniciativa privada.⁷⁴

⁷³ ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**: Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 210.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992.

Assim, o surgimento do Estado Social não se deu de forma espontânea, visto que é resultado das evoluções sociais, políticas e econômicas que povoaram a Europa Ocidental a partir do Socialismo e suas variações, pois a transformação dos papéis do Estado com a formação do proletariado trouxe evidentes reflexos que se expressaram nos movimentos socialistas e em uma mudança de atitude por parte do poder público, que vai se expressar em ações interventivas sobre e no domínio econômico, bem como em práticas até então tidas como próprias da iniciativa privada, o que se dá por um lado para abrandar as consequências trágicas e por outro, para garantir a continuidade do mercado ameaçado pelo capitalismo financeiro.⁷⁵

Posto isto, o Estado abandona de sua postura abstinente e meramente policial pautado no privativo e caritativo-assistencialista, em que se permitia que o social e o econômico acontecessem ao livre sabor da iniciativa privada e assume um papel intervencionista, promovedor de políticas públicas, próprias do Estado Social.

Na Europa, a Alemanha foi o primeiro país a intervir formalmente na defesa do proletariado industrial. As primeiras manifestações legais se deram entre 1883 e 1889. Foi posto em prática, pela primeira vez, um grande projeto de seguridade social que se materializa em três leis: em 1883, referindo-se aos seguros sociais e de auxílio doença; outra, de 1884, disciplinava sobre acidentes de trabalho; e, uma terceira que versava sobre a invalidez e a velhice, em 1889. Otto Von Bismarck, chanceler da Alemanha, foi o precursor de uma legislação social avançada à sua época, rompendo com as estruturas caritativas até então existentes no século XIX, sendo que o direito do trabalhador a estas garantias se fazia eficaz após recolhimentos obrigatórios efetuados pelos trabalhadores e empresários num sistema apoiado pelo Estado.⁷⁶

Mesmo diante da denominada revolução quanto à estrutura legislativa social, pouquíssimos foram os significados para a efetivação do acesso aos direitos sociais, visto que a fase inicial do Estado de Bem-Estar Social desde sua origem até meados da década de 30 cultivou as bases de uma sugestão que depois foram utilizados para sua afirmação como modelo de organização política, constitucional e estatal.

⁷⁵ STRECK, Lênio Luiz; MORAES, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 59

⁷⁶ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio (Coords.). **Curso de especialização em direito previdenciário**. Curitiba: Jaruá, 2006.

Não obstante ao ocorrido, outro marco importante para a projeção do Estado de Bem-Estar Social foi a Primeira Grande Guerra, sendo que a partir de então dos os laços de solidariedade se fortaleceram, passando a assegurar as ações positivas por parte do Estado com o intuito de criar políticas de recuperação social.

Diante dos fatos, surge uma nova concepção de indivíduo e sua repercussão nas concepções organizativas e as funções dos poderes públicos, que passaram a equipar a sociedade combalida da época com bens e serviços indispensáveis à sobrevivência de boa parte da população atingida pelo pós-guerra.

Nesse diapasão, a seguridade social auferia então ares de princípio contributivo-assegurador substituindo o princípio caritativo paternalista, memento em que se identifica a fase inicial do Estado de Bem-Estar Social.

Os autores são quase unânimes em afirmar que no período entre-guerras houve uma ruptura com o Liberalismo ortodoxo devido o surgimento e funcionamento do sistema de seguridade social. Os anos 20 e 30, como assinala Bobbio⁷⁷, foram as décadas fundamentais para a constituição do *Welfare State*.

Outro importante marco legal para a promoção do Estado de Bem-Estar Social aconteceu, sendo este a experiência da República de Weimar (1919-1930), pois até então o conteúdo direitos sociais estava ligado à discussão política.

Após a Constituição de Weimar estes direitos provocaram discussões vastamente jurídicas, pois um dos juristas que mais se enfatizaram na discussão dos direitos sociais foi Hermann Heller, constitucionalista alemão, que conferia ao Estado de Bem-Estar Social a exclusiva forma de impedir a ditadura fascista e a crise que o desenvolvimento capitalista poderia atribuir ao mundo, sem precisar rejeitar ao Estado de Direito.

Já no Brasil, o neoconstitucionalismo surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, momento em que o Estado passou a concretizar os direitos e garantias fundamentais, sendo que no Preâmbulo da Magna Carta, foi instituído um Estado Democrático de Direito com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo o exercício da justiça como um de seus valores supremos.

⁷⁷BOBBIO, Noberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

Posto isso, tem-se que o acesso à justiça não seria apenas uma garantia constitucionalmente prevista, mas também um efetivo exercício da prestação jurisdicional, surgindo, portanto, o neoprocessualismo, o qual teve o objetivo de alterar os ideais interpretativos dos processualistas, visto que o processo passou a ir além de um simples conjunto de atos dirigidos à formação ou à aplicação de preceitos jurídicos voltados somente às finalidades das partes interessadas, passou assim, a tutelar um conjunto de preceitos jurídicos na busca de garantir a paz ameaçada dentro de um grupo social, por conflitos de interesses de seus membros.

Nesse sentido, ensina Cappelletti⁷⁸:

O estudioso do processo e o aplicador das normas processuais têm, necessariamente, de ir além da dogmática jurídica, além dos conceitos e categoriais exclusivas do Direito. Têm de dar ouvidos a todo o clamor que se ouve no meio socioeconômico sobre o qual o Direito Processual deve atuar. Somente assim se conseguirá dar ao processo e às normas que o regem força de garantir, e não apenas de declarar, direitos na vida social. E será assim que – como, de fato, vem ocorrendo na sensível transformação do Direito Processual de nosso tempo – conseguir-se-á realizar o ideal de “acesso à Justiça”, preocupação que, necessariamente, ocupa “o ponto central da moderna processualística.

No entanto, pode-se dizer ainda que, o Poder Judiciário, como sendo uma Instituição encarregada de distribuir com exclusividade justiça, desempenha uma perfeita distinção entre o sistema jurídico e os demais sistemas que compõem a sociedade, como o político e o econômico, tendo como característica básica a capacidade de dirimir os conflitos sociais pelo pronunciamento de uma decisão final e inapelável de um processo, contendo os meios necessários para a sua imposição.

Contudo, admite-se a crise da instituição judiciárias por não conseguir responder ao que a sociedade espera, surgindo críticas e insatisfações pela ineficiência do Judiciário no tratamento dos conflitos, necessitando inserir a reforma processual brasileira como a da adaptação do direito processual pátrio às exigências do modelo de Estado de Bem-Estar.

Paulo Henrique dos Santos Lucon⁷⁹, esclarece que:

⁷⁸CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 13.

⁷⁹LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do Tratamento Paritário das partes. In: TUCCI, Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.100.

Não pretende apenas a observância do procedimento estatuído na lei, com a realização de todos os atos inerentes a ele: pretende também a efetividade da tutela jurisdicional, concedendo proteção àqueles que merecem e necessitam dela. O direito material somente se efetiva se lhe corresponderem instrumentos adequados de tutela, com um processo justo mediante o tratamento igualitário das partes.

Sendo assim, as modificações na concepção de conflito e a criação de instrumentos processuais capazes de lidar com as novas demandas coletivas, de direitos difusos ou de garantia de direitos sociais prestacionais, as quais, como mencionado, caracterizam o Estado de Bem-Estar Social, só passaram a ocorrer nas últimas décadas do século XX e paralelamente ao Código de Processo Civil, tanto pela edição de legislação extravagante, quanto pela presença de dispositivos pertinentes a estes temas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim, evidente que a reforma processual pode auxiliar na celeridade e eficácia da prestação jurisdicional, aproximando-a da concepção contemporânea do processo como meio de garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais. Pois, é evidente que um processo civil simplesmente eivado de formalismo, não irá concretizar as políticas sociais previstas nos princípios e normas constitucionais, visto que não concretizadas acabam excluindo os economicamente mais frágeis, impedindo a evolução da sociedade.

Salienta-se ainda que por meio das formalidades existentes no modelo processualista civil atual, temos que tal formalismo impede a efetiva atuação jurisdicional, bem como a tutela garantista dos menos favorecidos economicamente. Sendo assim, a reformulação dos institutos de processo poderia implementar a participação do Estado na conquista de políticas sociais, pois com isso, o processo passaria a tutelar jurisdicionalmente mais efetivo, sem abandonar um mínimo de formalismo surgido no Estado Social de Direito, o qual está vigente desde a Constituição de 1988.

Pode-se dizer que tais modificações foram realizadas por meio da criação dos juizados de pequenas causas e especiais, os quais contribuíram para a viabilização da democratização do acesso à justiça, atingindo uma maior coletivização do direito de ação, por intermédio das ações processuais especiais de tutela dos interesses difusos.

No entanto, é notável a constatação da disfuncionalidade da ação estatal quando da passagem do Estado Liberal ao Estado de Bem-Estar Social, especialmente no contexto do Brasil, o que gerou uma sobrecarga ao Poder Judiciário e dificultou a efetivação das medidas legislativas tendentes a diminuir a complexidade, racionalizar e tornar mais céleres os procedimentos judiciais.

3.3 O ATIVISMO JUDICIAL

Há uma intensa discussão entre os estudiosos do direito sobre o ativismo judicial. Entende-se que o ativismo se caracteriza pelas decisões judiciais, das quais atribuem obrigações ao julgador, sem que haja previsão legal expressa. Sendo assim, decorre da nova hermenêutica constitucional, dos princípios e das cláusulas abertas.

O ativismo judicial é um fenômeno que se destacou com o fim da segunda guerra e com a hegemonia da Constituição, bem como com o advento do pós-positivismo e ascensão dos direitos fundamentais e dos princípios que sustentam a Magna Carta e também com a decadência do constitucionalismo liberal.

Tem-se, portanto que o ativismo judicial se relaciona perfeitamente com a participação efetiva dos magistrados no controle da constitucionalidade, ampliando-se o poder dos tribunais no controle dos demais poderes.

Assim, Lenio Luiz Streck⁸⁰ ao destaca a corrente procedimentalista de *Habemas*, diz que:

[...] a discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e a forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Entretanto, é necessário livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição – o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de tutor.

⁸⁰STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 160.

Tem-se ainda o entendimento de Carl Schmitt⁸¹: [...] a criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional transfere poderes de legislação para o judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito.

Nesse sentido, Vital Moreira⁸², em sua obra *Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais*, se demonstra extremamente apreensivo com os limites do Tribunal Constitucional, sendo assim, relata que:

[...] no sentido de o juiz ser um legislador livre, alimentando as arbitrariedades subjetivas do Judiciário, quando as normas constitucionais são mais densas e não dão margem a uma criatividade na implementação de direitos. O ativismo judicial se expande quando outros Poderes se retraem. Nesse sentido, o ativismo tem um ponto positivo: atende às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. Mas apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente.

Posto isto, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário passou a ter um papel sobressalente na sociedade brasileira, pois o poder constituinte originário concedeu ao Poder Judiciário a importante incumbência de ser o guardião dos valores constantes no texto constitucional.

Com o intuito de garantir essa incumbência, o constituinte assegurou formas e mecanismos para preservar o próprio texto constitucional da pretensão da sociedade e limitar os poderes concedidos ao executivo, legislativo e ao próprio poder judiciário.

Streck⁸³, em sua obra, ao defender o intervencionismo substancialista, passa a defender também o cumprimento dos preceitos e princípios inatos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado social previsto na Constituição de 1988, onde o Legislativo/Executivo falha ou se omite na implementação de políticas públicas cabendo ao Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins, mas é claro que tais questões podem esbarrar naquilo que se denomina “financeiramente possível” e na delimitação do âmbito político da esfera de competência.

⁸¹SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Del Rey: Belo Horizonte, 2007. p. 11.

⁸²MOREIRA, Vital. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais**. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio n.10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 177-198.

⁸³STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.185-186.

Diante de tais considerações pode-se dizer que não foi por acaso que o ativismo judicial se expandiu, visto que por meio das dificuldades enfrentadas pelo Legislativo, a retração desse Poder foi constatada como ruim, representando um problema grave, pois se faz necessário uma reforma política com urgência, sendo certo que não há democracia sem um Poder Legislativo atuante.

Contudo, o ativismo judicial não poderá se perpetuar por muito tempo sob o risco do desgaste e da politização do Judiciário, visto que embora o ativismo tenha servido bem em alguns aspectos, imprescindível se ter a compreensão do fenômeno.

No entanto, daí a necessidade de uma observância maior frente aos dois recentes fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, pois se faz necessário ressaltar que embora o ativismo judicial tenha sentido semelhante à judicialização, pode-se dizer que é totalmente diverso desta, pois a judicialização é um fenômeno muito complexo e possui diferente extensão, podendo-se dizer que na judicialização da política, ocorre o deslocamento de decisão dos poderes Executivos e Legislativos para o poder Judicial, sendo que tais decisões geralmente dizem respeito a assuntos polêmicos e controversos, e que passa a estabelecer normas de condutas a serem seguidas pelos demais poderes, ou seja, envolve uma transferência de poder para os tribunais, com significativas alterações na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Essa transferência de poderes para os tribunais por conta da judicialização, decorre de fatores como a redemocratização do país que é um desenvolvimento da Constituição de 1988, a qual transformou o Judiciário em um verdadeiro poder político, com o poder de efetivação da Constituição e das leis, principalmente em confronto com os demais Poderes; e uma constitucionalização estendida, aumentando as possibilidades de matérias a serem analisadas e tratadas pelo Judiciário.

Ainda de uma forma mais sociológica, a judicialização das relações sociais salienta o surgimento do Judiciário como uma forma de resolução de conflitos coletivos, para reunir o conjunto social e mesmo para a adjudicação da cidadania.

Assim, como o instituto da judicialização, o ativismo judicial é também complexo por conter uma pluralidade de dimensões, visto que o ativismo judicial pode ser praticado no ato da efetivação jurisdicional, ou seja, por meio dos autos do processo, quanto fora dos autos do processo pelos magistrados como, por exemplo,

em entrevistas, discursos de posse e pronunciamentos fora dos autos dos processos. Tem-se, portanto, o ativismo extrajudicial, o qual torna explícita uma dimensão de politização do Judiciário, aproximando-o do modo de atuação dos demais poderes de Estado, os quais são legitimados democraticamente para tanto.

Entende-se melhor a judicialização quando certas situações de grande transmissão social ou política estão sendo analisadas e resolvidas por órgãos do Poder Judiciário, não pelas instâncias políticas originárias tradicionais, como é o caso Congresso Nacional e o Poder Executivo, onde possuem como parte integrante dessa esfera o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Assim como o processo de judicialização, o ativismo judicial tem a tendência de uma postura mais participativa do Judiciário na concretização e efetivação dos preceitos constitucionais, no entanto, com uma maior intervenção na seara de atuação dos demais Poderes. O ativismo judicial tem se colocado como uma forma de imposição de medidas ao Poder Público, principalmente em relação ao tema de políticas públicas, bem como nos casos que dizem respeito a direitos sociais à saúde e educação.

É certo ainda mencionar que, com relação ao ativismo judicial, tem-se que o mesmo é uma manifestação exercida não somente pelo judiciário brasileiro, pois vários autores que debatem o tema, passam a demonstrar que em algum momento, os países da América Latina, bem como os países europeus, exercem em maior ou menor grau o ativismo judicial.

No entanto, ao ativismo judicial se apresenta grandes críticas, as quais consistem nos argumentos de que os juízes e Tribunais, incluindo os Tribunais Constitucionais, não teriam legitimidade democrática para, em suas decisões, insurgirem-se contra atos legalmente instituídos pelos poderes eleitos pelo povo.

Streck⁸⁴, em sua obra salienta a crítica de Antoine Garapon à invasão da sociedade pelo Judiciário, enfraquecendo a democracia representativa, e de J.H. Ely, que critica o papel do tribunal constitucional na resistência de preencher o espaço de interpretação com juízos de valores morais (jurisprudência de valores), como também de uma interpretação dirigida por princípios no sentido da interpretação construtiva de Dworkin. Ainda a corrente substancialista sustenta que,

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 160-162.

mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deve assumir o papel de um intérprete que evidencia a vontade geral, inclusive contra maiorias eventuais, implícita no direito positivo (especialmente na constituição).

Posto isto, passa a surgir o denominado contramajoritarismo, que é a atividade do poder judiciário atuando ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo, ou seja, ao exprimir a intenção das normas e princípios, atribuindo-lhes juízo de valor.

Alegam também os críticos que a introdução do poder judiciário nos demais poderes da república, fere o princípio da separação dos poderes e o equilíbrio entre os mesmos, bem como o estado democrático de direito e a democracia.

Assim, os dispositivos constitucionais e legais devem ter sua abertura limitada, para que permaneçam em conformidade com a constituição, não podendo o ativismo judicial ser tido como um estímulo para a criação do super poder, no sentido de legitimar subjetivismos não legitimados pelo sistema jurídico e político.

Tem-se que a esfera pública de divergência é muito mais ampla do que os simples caracteres subjetivos do Judiciário, mas na prática o ativismo é inevitável na concretização das normas da constituição, ou seja, essa é uma linha importante a ser considerada quando da análise dos limites do tribunal constitucional, pois, apesar de ter a última palavra sobre o sentido da constituição, é necessário uma maior atenção para que não se invada a discricionariedades dos demais Poderes, visto que deve-se levar em consideração como meio de parâmetro e limite os fundamentos de aplicação e defesa da constituição.

No entanto, nos dias atuais, o Poder Judiciário segundo seus próprios membros e de muitos doutrinadores, exerce um poder moderado, tendo com objetivo a tripartição dos poderes, pois por meio do controle de constitucionalidade abstrato o Poder Judiciário tem decidido sobre questões de diversas naturezas.

Frise-se que ao relacionar o surgimento do ativismo judicial com o enfraquecimento do constitucionalismo liberal e da política neoliberal, pode-se dizer que o que se tem é uma percepção mais humanista e social, passando a resguardar os princípios mais importantes de um estado que são representados por sua constituição, bem como passa a destacar a axiologia dos direitos fundamentais, principalmente aqueles direitos referentes à dignidade da pessoa humana.

Lenio Luiz Streck⁸⁵, quanto a concepção processualista de Habermas e Ely, enfatiza as seguintes críticas:

Opondo o paradigma do direito liberal/formal burguês ao paradigma do direito 94 do bem-estar (Estado Social), afirmando que ambos estão superados, Habermas omite a existência de um terceiro paradigma – o modelo do Estado Democrático de Direito (caracterizado no constitucionalismo pós-guerra). Apesar de Habermas trabalhar a noção de Estado Democrático de Direito, não reconhece a diferenciação entre o Estado Social e aquele, caindo num sociologismo. O que diferencia o projeto do Estado Democrático de Direito é a revalorização do jurídico. [...] Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promovedora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das Políticas do Welfare State. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o polo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais.

Posto isto, a imperfeição legislativa ou o mau emprego de instrumentos políticos que possam alterar tais direitos e princípios são objetos dos tribunais que com o ativismo judicial protegem valores importantes para a sociedade.

É certo ainda que com o surgimento do pós-positivismo, não se pode querer também que o Poder Judiciário não considere as repercussões sociais e políticas de suas decisões, pois os pontos negativos democrático com certeza são os grandes obstáculos ao ativismo judicial, afinal por melhores que sejam os membros que compõem o Supremo Tribunal Federal, os temas por eles decididos atualmente, estão distantes do povo, visto que nenhum deles foram eleitos democraticamente, não representando a vontade da maioria.

Diante disso, o que se indaga é se o Supremo Tribunal Federal, grande figura deste ativismo judicial que é, em razão dos pontos negativos pode decidir, legislar, ou reunir tais poderes em prejuízo aos outros poderes, bem como até dos magistrados monocráticos ou tribunais estaduais que estão bem mais próximos dos jurisdicionados.

Quanto ao exagero do Supremo Tribunal Federal com relação ao ativismo judicial, uma crítica surge com a edição da súmula vinculante nº 13, a qual se refere

⁸⁵STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.163-167.

ao nepotismo, visto que ela não se pôs a explicitar o entendimento consolidado pela Corte, contudo, sua redação demonstrou o impróprio caráter legislativo da súmula.

Ocorre que, mesmo vindo tal súmula ao encontro dos desejos da sociedade, o poder atribuído a não representantes do povo, mas sim representantes de uma alta classe econômica e cultural do País, pode ser um aparelho que se volte contra a própria democracia. Assim, com a desconfiança da sociedade em relação aos Poderes executivo e legislativo, o Poder judiciário, vem sendo o poder que o povo deposita suas boas expectativas e esperança.

Tem-se ainda que o berço do ativismo judicial, é o maior exemplo de que tal instituto pode vir a ser de grande satisfação para a democracia, bem como também pode ser capaz de trazer enormes prejuízos, pois é certo que o ativismo judicial pode assumir objetivos diversos dos anseios populares e, até contrários aos interesses do País.

No entanto, como mencionado, grande parte dos pensadores políticos e constitucionais criticam o ativismo judicial, por entenderem que tal fenômeno viola a separação dos poderes atentando contra o primado da soberania popular, manifestada por seus representantes eleitos, ou seja, muitos dos pensadores políticos e constitucionais entendem que o ativismo é sempre um instigador de mudanças da sociedade, inclusive das desigualdades nela existentes, deixando de notar que não são os juízes que têm o papel principal de fomentar as transformações sociais, bem ao contrário, o Judiciário tende a ser mais reativo que ativo, mais conservador do que revolucionário.

Streck⁸⁶, entende ainda que a postura judicial (ativismo) deve estar voltada à ação/concretização (naquilo que a constituição tem de substantividade). Salieta também o autor, entretanto, passando a citar o pensamento de Bruce Ackerman, que interessa habilitar os juízes para insistir em um piso democrático na avaliação de medidas de bem-estar, não estando a advogar a morte do político, mas a sua reorganização e extensão, que deve envolver desde o interesse pelo centro de decisões até a proteção da vida política que se experimenta na periferia.

O ativismo judicial seria decorrência de uma inércia dos poderes políticos, mais precisamente um vazio deixado por eles que tem de ser ocupado, sob pena de

⁸⁶STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.174-175.

degradação da normatividade constitucional, só para ficar num exemplo. De toda sorte, deixa o alerta a quem tende a transferir para o Judiciário toda responsabilidade de transformação social.

É certo ainda que o ativismo judicial é entendido como uma atuação proativa do judiciário, estendendo o sentido e o alcance da constituição para tratar de situações que não foram formalmente observadas pelo legislador constituinte ou ordinário, ou seja, manifesta-se quando há uma retração do Legislativo (fazendo com que o Judiciário ocupe mais espaço). Na verdade, existe muito mais um reconhecimento de pedidos de advogados, membros do Ministério Público e Advocacia Pública, do que uma atitude proativa do Judiciário. A inovação no direito, o ativismo, é um reclame social e, caso seja levado ao Judiciário, pode ser reconhecido. Assim, talvez fosse até um pouco equivocado diagnosticar como ativismo judicial a inovação no mundo jurídico.

Tem-se ainda que o exercício desenfreado do poder de criação é o que tem sido chamado de ativismo judicial. Normalmente, esse modo de conduta dos juízes tem sido rotulado e julgado por uma usurpação do poder judicial das funções legislativas.

Assim, o ativismo judicial gera um desempenho extraordinário à magistratura, principalmente na jurisdição constitucional. O construtivismo judicial, segundo alguns estudiosos, pode estabelecer um governo de “guardiões platônicos”, ou seja, passam a substituir a vontade do povo pelas suas próprias convicções.

A adesão ao que se pode denominar um enfoque judicial ativista está ligada diretamente ao papel de Suprema Corte para fazer cumprir as garantias constitucionais frente às violações do governo, pois alguns autores entendem ainda que uma das causas do ativismo judicial é a proliferação de legislação ao pluralismo das fontes jurídicas, como o federalismo, ao contrário, entendem ainda alguns autores que o ativismo pode se justificado também por sua capacidade de proteger as minorias da vontade das maiorias.

Entende-se ainda que o ativismo judicial é uma manifestação indicada pela vocação de um órgão judicial na realização de mudanças significativas na adoção de política pública, particularmente no que pertine às políticas traçadas por outras instituições.

Desse modo, o ativismo judicial poderia ser visto como uma maneira expansiva de interpretar a constituição pelos juízes, pois é nítido que, nos últimos

anos, os fenômenos da judicialização e do ativismo estão enraizados no ordenamento jurídico brasileira. Embora próximos, como mencionado, são fenômenos distintos, pois a judicialização é fruto do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que assunto político de grande polêmica sejam conduzidos sob a forma de ações judiciais. No entanto, o ativismo judicial expressa uma posição do intérprete, reforçando o sentido e extensão de suas normas, para ir além do legislador ordinário e envolvendo o risco de politização da justiça.

O maior clamor está na enorme quantidade de funções entregues ao Supremo Tribunal Federal, visto que essas atribuições vêm reduzindo a efetividade na justiça constitucional, além dos preceitos constitucionais, e, por consequência, afetando sua legitimidade para a prestação jurisdicional. Assim, medidas de soluções necessitam ser tomadas para a resistência da legitimidade do Supremo Tribunal Federal e que esta não se torne simplesmente algo simbólico.

É certo que o Supremo Tribunal Federal tem conferido, em muitos momentos, um aspecto predominantemente político às suas decisões definitivas. No entanto, é preciso, também, que a nossa Corte maior, em face da inércia dos demais poderes, encontre respostas para os novos problemas sociais, sendo que essa é uma missão da qual só poderá encarregar-se na medida em que se observar o futuro e almejar conquistas não demarcadas, bem como ainda aniquilar com ideias meramente imutáveis.

O Supremo Tribunal Federal em suas decisões mais recentes, além dos assuntos jurídicos, e como mencionado, tem decidido também, os de caráter político, visto que a Corte Suprema vem interpretando normas abertas situadas numa zona de conflito entre o jurídico e o político. Sendo assim, o que se pode observar é que o Supremo está abitolado de atividades atípicas, necessitando terminantemente de ter suas competências limitadas às funções típicas de um tribunal constitucional, o que sem dúvidas evidencia a carência da jurisdição constitucional.

Ainda, é necessário se faz estabelecer limites nas relações entre os sistemas político e jurídico, preservando o ensinamento constitucional da harmonia entre os poderes, e fiscalizando, sempre que necessário, o Parlamento em suas omissões.

Conclui-se, portanto que o ativismo judicial poderia ser entendido como uma possibilidade expansiva de interpretar a constituição pelos juízes, pois tanto estes, quanto os legisladores agem mais proativamente quando encontram reivindicações consistentes na sociedade, visto que um povo apático, uma cidadania inerte não poder esperar mais do que retórica, elitismo e a permanência da injustiça social.

3.4 A DISTRIBUIÇÃO DOS PAPÉIS ENTRE OS SUJEITOS DO PROCESSO

Conforme mencionado, com o posterior desgaste das ideologias apregoadas pelo Estado liberal clássico, em decorrência dos excessivos abusos da liberdade pelos particulares e da acentuação das desigualdades sociais, o Estado passa a adotar um novo perfil, nascendo a partir daí uma nova forma de relacionamento entre a política e a economia.

Nasce, portanto, o chamado Estado social, de caráter eminentemente intervencionista e ativo, com o intuito de realizar a tutela das relações econômicas e de regulamentar as atividades privadas visando à proteção do bem estar social.

As ideias dessa nova concepção sócio-política do Estado se refletem também na distribuição dos papéis entre os sujeitos do processo, sendo que as pessoas que atuam nesse processo podem ser classificadas em três categorias, quais sejam, o juiz, as partes e os auxiliares da Justiça.

É certo ainda que essas pessoas são o elemento subjetivo ou pessoal de órgãos, administrativos ou processuais, bem como o juízo, o órgão do Ministério Público, o órgão da defesa e os órgãos de apoio, como a escrivania, o oficial de justiça, dentre outros. Tem-se que a diferença entre o órgão e a pessoa que o ocupa é essencial e será utilizada para dela serem tiradas consequências jurídicas.

No entanto, as partes não são apenas quem pode ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional, mas sim todos os que atuam no contraditório perante o juiz que integra o órgão julgador, tanto em primeiro, quanto em segundo grau.

Ressalta-se que referidas definições de “parte” não são contraditórias ou excludentes, visto que é parte também o assistente, além do Ministério Público como fiscal da lei.

Já na categoria de auxiliares integram-se todos os que, voluntária ou coativamente, participam do apoio à distribuição da Justiça, quer em caráter público ou oficial, quer em caráter eventual, mas não estão no contraditório perante o juiz,

visto que as intervenções do Estado visando a dirigir os diversos aspectos da vida socioeconômica mudam a função do direito que deixa de ser instrumento de garantia do desenvolvimento espontâneo do jogo social para transformar-se em instrumento de 'mudanças' econômicas e sócias.⁸⁷

Assim, com a conseqüente mudança no perfil do Estado e na própria função do direito, o papel do Poder Judiciário, mais especificamente o papel do juiz no processo, também se modifica, pois o juiz passivo, neutro, indiferente aos problemas de desigualdades sociais produzidos principalmente pelas ideologias do liberalismo individual, se transforma num juiz ativo, consciente do seu novo papel de nivelador das desigualdades.

Surge, portanto com o Estado social a questão da justiça social, ou seja, o papel do juiz na direção do processo, no Estado de cunho social, é muito mais amplo do que o de simples garantidor da ordem social espontânea, pois aquele juiz, inerte e escravo da lei, proibido de interferir na esfera privada, passa a exercer um maior poder de direção do processo, visando agora atender aos fins socialmente desejados pelas partes demandantes.

Essa ampliação dos poderes conferidos ao juiz se coaduna com a tendência publicística que vem sendo atribuída ao processo civil moderno, na qual deve prevalecer à busca pela verdade material, em vez de se contentar apenas com a verdade formal trazida ao processo.

Essa tendência de publicização do processo confere à função do juiz uma importância jamais vista, pois ele se torna um agente do processo comprometido com a realização da verdadeira justiça social.

Para que tais objetivos possam ser realizados, torna-se cada vez mais necessária a ampliação dos poderes do juiz, mais especificamente a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, tendo em vista a busca de uma igualdade material entre as partes, não mais sendo permitido ao juiz observar de forma inerte a vitória do então mais forte.

Conforme se verifica do exposto acima, há uma forte relação entre a concepção social do Estado e a tendência de publicização do processo moderno, o que significa dizer que houve uma evolução simultânea do direito processual, a nível

⁸⁷ROCHA. José de Albuquerque. **Estudo sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 131.

científico, e do modo de ser de do Estado, que passou do Estado de caráter liberal para o Estado de cunho social.

Até meados do século XIX, o direito processual civil ainda não era reconhecido como um ramo autônomo do direito, pois este era tratado como um mero acessório do direito material, isto é, o processo era uma mera projeção da relação material discutida.

Sendo assim, o processo era concebido como um contrato ou quase contrato, ficando à mercê da vontade das partes a sua condução e direção, visto que somente a partir de 1868, com a demonstração entre a relação material litigiosa e a relação jurídica processual é que o processo foi visto como algo distinto do direito material nele contido, passando-se a ser reconhecido, portanto, a autonomia do direito processual civil, considerado, enfim, como um ramo autônomo da ciência jurídica.

Desde o reconhecimento da autonomia científica do direito processual, o processo foi sendo considerado cada vez mais um instrumento de realização do poder soberano estatal, surgindo a partir daí a concepção publicista do processo

Ressalta-se que foi a partir daí que surgiu a ideia da natureza pública da relação processual, o que começou a progredir, uma vez que a nova relação jurídica descoberta por incluía entre os seus sujeitos o juiz, órgão estatal, devendo este tomar a direção na condução do processo.

Assim, a partir de então, desprezou-se o anacrônico conceito de processo como simples apêndice do direito material, passando as partes demandantes a se valer de seus direitos subjetivos sempre que sofressem ou estivessem ameaçados de sofrer lesão.

Foi a partir do chamado “fenômeno da publicização do processo”, juntamente influenciado pelas novas ideologias propagadas pelo Estado social intervencionista, que se vê surgir uma verdadeira “marcha do processo para sua socialização ou democratização”, o que conduz os doutrinadores a se preocuparem cada vez mais com a chamada função social do processo.

Do fenômeno da publicização e da preocupação cada vez maior, tanto dos doutrinadores como dos legisladores, de se atribuir uma função social ao processo, decorreu uma tendência universal de ampliação dos poderes do juiz, uma vez que este se transforma no diretor formal e material do processo, conduzindo-o sempre

em busca da paz social, valor tão colimado pelos ideais do Estado social intervencionista.

O juiz como figura passiva e inerte no processo civil, torna-se a figura mais importante do processo moderno, atenuando o papel dos outros sujeitos processuais, cabendo a ele, enquanto juiz, o poder-dever de pacificar os interesses das partes em conflito da maneira mais adequada aos fins do Estado social, visto que o grau de participação do juiz no processo aumenta de maneira considerável, o que necessariamente conduz a um aumento também dos poderes a ele concedidos, pois é certo ainda que o fenômeno da publicização do Processo civil é o principal responsável pela concessão de maiores poderes ao juiz na direção do processo, incluindo nestes o de determinar a produção de provas, ainda que não requeridas pelas partes, quando necessário for para o conhecimento da verdade e a realização da justiça.⁸⁸

Posto isto, surge a necessidade de uma gradativa concessão de poderes ao juiz na medida em que o processo deixou de ser considerado negócio das partes, visto que existe uma certa preocupação e desconfiança de parte da doutrina e dos próprios operadores do direito com relação a uma possível concessão exagerada de poderes ao juiz, o que poderia causar o aparecimento da figura do “juiz ditador e parcial”.

Nesse sentido, observa-se que, o Estado amplia suas funções, vez que intervém nas esferas privadas para garantir a efetividade dos direitos sociais. Tem-se, portanto, uma ideia de tutela do Estado ao cidadão, pois aquele passa a estar presente em todos os setores da vida humana, transformando-se no centro da vida política, jurídica, social e econômica.

A preocupação do Estado Social em materializar os direitos enseja novos métodos de interpretar o texto normativo, nos quais permite ao juiz uma maior liberdade quando construir uma decisão.

Assim, não mais se admite uma interpretação na qual fica o julgador adstrito à literalidade da norma, faz-se necessário, por conseguinte, uma interpretação que atualize o texto da lei.

A atividade hermenêutica do julgador não é mais concebida como mera subsunção da norma ao caso concreto (interpretação mecânica). O julgador, neste

⁸⁸GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 57.

novo contexto, realiza a interpretação atualizando o texto normativo à realidade fática, ou seja, estuda-se a *mens legis*, ou seja, o momento de aplicação da lei, sendo que o juiz deve manejar o Processo a serviço do interesse público, do bem-estar do povo e da paz social em critérios metajurídicos em que só ele estaria apto a dizer onde prevaleceriam o interesse social, a celeridade dos litígios, a conveniência das antecipações de tutela, das liminares e das cautelas em geral.⁸⁹

Assim sendo, compreende-se que caberia ao juiz analisar o caso concreto à luz da justiça, isto é, em prol da coletividade e dos interesses sociais, a decisão judicial encontrava-se plenamente válida, ainda que não observasse os textos legais, pois tem-se que ao Estado social de direito (*Welfare State*) interessam as lacunas da lei para o juiz livremente decidir habilidosamente em parâmetros de conveniência (Common Law) os conflitos que possam colocar em desequilíbrio o sistema social a ser mantido em suas bases de tradição e autoridade.⁹⁰

Diante disto, tem-se a perda da legitimidade do Direito, passando-se a indagar a discricionariedade/autoridade do juiz, tendo em vista que as decisões são amparadas em juízos de conveniência ou equidade, ou seja, baseavam-se em um senso de justiça oriundo da vontade plena do julgador.

O Estado Social de Direito, considera o processo como sendo um instrumento de efetividade da paz social, visto que a confecção de normas é essencialmente uma questão de justiça, sendo avaliada segundo princípios que estabelecem o que é igualmente bom para todos, exercendo o Estado-juiz o seu poder para alcançar sua finalidade, garantindo a justiça e o bem estar coletivo.

E nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco⁹¹:

[...] as disposições contidas no ordenamento jurídico substancial constituem para o juiz, em princípio, o indicador do critério de justiça pelo qual determinada sociedade optou, em dado quadrante de sua história; mas, se só à lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes.

⁸⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p.46.

⁹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p.99.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 360.

Assim sendo, o cidadão atribui a sorte de seu pleito à autoridade, vez que o processo é definido como atividade jurisdicional exercida pela figura de um julgador soberano que, de acordo com suas convicções, procura levar a paz social.

Conclui-se, portanto que sob o aspecto social, os conflitos tanto sociais quanto econômicos, necessitam ser pacificados de qualquer forma pelo Estado-juiz, mesmo que para isso o mesmo não observe os preceitos fundamentais dispostos na Constituição.

Neste aspecto, as decisões judiciais não têm amparo constitucional, vez que são fundamentadas em fins metajurídicos de justiça ou clamor social, visto que o direito não contempla com os requisitos de legitimidade e validade, qual seja, positivação e fundamentação em observância aos princípios constitucionais.⁹²

Tem-se, portanto, que o julgador escolhe entre valores e ideologias os assuntos para fundamentar suas decisões, ficando o cidadão a mercê do decididor, entregando-lhe toda sua sorte, pois acredita, fielmente, que a decisão proferida tem por finalidade o bem estar coletivo e a justiça social.

Com a busca incessante de realização da justiça, as decisões judiciais, sob a óptica do paradigma constitucional do Estado Social, são proferidas sem a preocupação com as garantias constitucionais.

Nesse limiar, surgem vários questionamentos acerca da legitimidade e fundamentação do direito, visto que a complexidade crescente das sociedades modernas culturalmente multifacetadas e, diante do paradigma do Estado Social tem-se que perdeu fôlego e mostrou-se insuficiente ao enfrentamento das várias indagações oriundas do fenômeno da perda de legitimidade do direito e do questionamento incessante do mito da autoridade.⁹³

As decisões judiciais são fundamentadas tendo por base a inteligência do julgador, realizada a partir de uma explicação baseada na *mens legis*, ou seja, a decisão judicial não possui respaldo material para concretizar-se no caso concreto, vez que não respeita o texto legal-constitucional, encontrado justificativa apenas em consensos subjetivos, advinda do entendimento perceptivo de um julgador acida de tudo e de todos.

⁹² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 135.

⁹³ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**: No direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 28.

Por meio do questionamento da perda da legitimidade do Direito, surge um terceiro modelo constitucional, o Estado Democrático de Direito que, diante da insuficiência do Estado Liberal e do Estado Social de Direito, auxilia-se pelas contribuições de ambos os Estados, atribuindo a necessidade de uma releitura do direito, estabelecido pela Constituição, visto que é nesse Estado Democrático que o Direito vai encontrar sua legitimidade, o que passa-se a estudar.

4 O CONTRADITÓRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O princípio do contraditório como garantia constitucional, está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde positivou nas normas do artigo 5º, inciso LV. Contudo, tal princípio não é suficiente para assegurar a efetividade do processo, o qual depende, ainda, de outros princípios, como o devido processo legal, o princípio da publicidade, da motivação, do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da impossibilidade de utilização em juízo da prova obtida por meio ilícito, etc.

O Estado Democrático sobreveio com a ideia de corrigir algumas falhas presentes do Estado Social, tendo como principal objetivo visar à garantia de direitos individuais e sociais, e os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, instituídos são organizados de forma que um não avance sobre a função do outro.

Sobre a Matéria, Antônio Carlos Wolkmer⁹⁴ aduz que:

O Estado brasileiro é de criação recente e tem como base ideários e modelos europeus. Ele tem como característica tomar frente nas suas relações com a sociedade seja em face da falta de maturidade política da população ou da pouca abertura de espaço para mobilização da comunidade por parte dos detentores do poder, interessados em manter a sociedade dividida, dependente e fácil de ser controlada. Para tanto, as elites dominantes utilizam-se, por muitas vezes, do Estado para manterem e resguardarem seus interesses e privilégios, impondo uma visão do Estado como implementador da liberdade, dos direitos dos cidadãos, do único capaz de garantir a segurança, o desenvolvimento e a justiça social, escondendo seu verdadeiro objetivo – servir às finalidades dos grupos que dispõem do poder. Isso favorece o clientelismo, o apadrinhamento, o nepotismo, o coronelismo, a malandragem e “as irregularidades e desvios no padrão cultural de comportamento do homem brasileiro.” 19 por outro lado, a população não tem forças para se organizar, pois está dividida, esperando uma situação ativa “paternalista” do Estado. Aliado a tal fator, não se pode negar a existência de administrações corruptas, voltadas para a garantia e defesa dos interesses da classe dominante, motivo pelo qual não é possível dizer que, efetivamente, encontra-se implantado o Estado Democrático Brasileiro.

Ainda conforme Antônio Carlos Wolkmer⁹⁵:

Como corrigir tal situação e mudar a sociedade, de modo a torná-la mais madura, participativa e democrática? Essa questão aflige a muitos e a

⁹⁴WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma Crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990. p. 46.

⁹⁵WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma Crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1990. p. 50.

resposta parece evidente: não basta eliminar as elites dominantes e o tipo tradicional de Estado se não ocorrer uma alteração na mentalidade e no comportamento das pessoas.

A publicação da Carta Magna de 1988, marco da democracia brasileira, pelo menos no plano teórico, é considerada um avanço, pois ela apresenta o Estado como sendo de Direito, tendo como fundamentos a cidadania, o pluralismo político e a dignidade da pessoa humana, além de denominá-lo um Estado Democrático de Direito no seu artigo primeiro.

Segundo Luiz Lênio Streck e José Luiz Bolzan⁹⁶:

A versão brasileira de Estado de Direito, em especial na sua modalidade democrática, segue, no entanto, durante criticada, pelo fato de que as leis deveriam ser elaboradas por seus verdadeiros legitimados – o povo – e não por seus representantes legais, que sequer elegem como prioridade a vontade popular ao elaborarem a lei, a fim de diminuir a desigualdade social e a injustiça. Ela segue criticada, também, em virtude de que, em um Estado Democrático de Direito, não necessariamente há justiça, pois a sociedade somente pode ser considerada justa se a questão da justiça permanecer aberta constantemente, conforme refere *Costariadis*, já que a democracia é uma criação abstrata e ininterrupta de novos direitos, onde o regime político considera o conflito legítimo, instituindo-o como um direito de cidadania.

Assim sendo, o Estado de Direito apenas chegará perto do Estado de Justiça, se reunir às suas leis formais princípios e valores substanciais, dando-lhes vida prática, de modo a poder acarear a natureza justa ou injusta das instituições, das leis e dos comportamentos.

Ainda segundo Luiz Lênio Streck e José Luiz Bolzan⁹⁷:

O aumento da atividade estatal, em especial na efetivação dos direitos sociais, por sua vez, faz crescer os gastos e o déficit público. Esse déficit resta ampliado pelas crises econômicas que assolaram e continuam a assolar a humanidade, tanto que, para superar os problemas, constantemente aumenta-se a carga tributária e fiscal e reduzem-se custos através da diminuição da ação do Estado. Aliadas a tais fatores, novas crises são desencadeadas, dentre elas a crise ideológica entre a democratização do acesso e burocratização do atendimento e a crise filosófica.

⁹⁶STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.p.97.

⁹⁷STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.p.134.

Na esfera da Constituição brasileira, para concretizar a democracia, garantir a dignidade da pessoa humana e diminuir o abismo entre aqueles que se encontram em situação de inferioridade econômica e social em relação àqueles que dispõem de maiores recursos financeiros, foram elaborados, então, inúmeros diplomas legais, como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de outros, especialmente no âmbito da tutela de direitos coletivos. Vê-se que o Estado, após uma longa evolução histórica, assumiu uma postura ativa e mais protetiva para a garantia da igualdade substancial, de modo que o Poder Judiciário recebeu maiores atribuições para implementar a justiça e, por intermédio de seus magistrados, passa a interpretar e aplicar as leis de acordo com os casos concretos, deixando de lado posicionamentos positivista-normativos para adequar a norma à realidade social cada vez mais complexa.

É certo ainda, nas palavras de Darci Guimarães Ribeiro que a democracia que conhecemos, fruto dos ideários pós-Revolução Francesa, em muito pouco se assemelha com a democracia grega, base do pensamento iluminista-montesquiano, criador da democracia representativa, que é teleologicamente formal⁹⁸.

O Estado Democrático de Direito e o Processo Legislativo no marco do pensamento de Habermas e Fazzalari, esboçados os marcos teóricos, segue-se agora para um entendimento do Estado democrático de direito e do processo legislativo.

Ambas as reminiscências políticas têm procurado abranger a relação entre Estado de direito ou constitucional e democracia: a liberal e a republicana.

Ambas as tradições, em suas variantes contemporâneas, participam a idéia conforme a qual todos os cidadãos são livres e iguais. Ambas defendem, igualmente, não somente a existência de um Estado de direito ou constitucional e da democracia, mas igualmente a constitucionalização de direitos fundamentais. Isso, não constitui, entretanto, que constituição, democracia e direitos humanos signifiquem por elas decifrados da mesma maneira.

O pai do liberalismo, Locke observa o direito à liberdade como direito à autodeterminação privada no tocante à propriedade e à felicidade, a ser afixada perante os outros indivíduos e a própria organização político-estatal. A liberdade natural se institucionaliza juridicamente no plano da comunidade política como

⁹⁸RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.101.

liberdade civil, por meio do prestígio e garantia, pelo Estado, da existência de uma esfera privada. Rousseau, na linha da tradição republicana, avista o direito à liberdade como direito à autodeterminação política, a se conseguir pelo exercício da liberdade civil e da soberania do povo, na constituição de um corpo ou comunidade ético-política. A liberdade natural se institucionaliza juridicamente no âmbito da comunidade como liberdade civil, para a participação política.

Locke e Rousseau mantêm entendimentos convergentes e radiantes no que fere às intenções do contrato social ou constituição do Estado. Ambos acordam que a constituição é o meio efetivo e legítimo de garantir os direitos naturais dos indivíduos. Na visão de Locke, no entanto, o contrato ou o pacto essencial tem por conclusão a constituição de uma coordenação social mediante a qual o indivíduo, entendido anteriormente como sujeito de direitos privados do que como cidadão, possa desempenhar, com garantia e sem intromissões, seus direitos à vida, à liberdade privada e, principalmente, à propriedade. Caracteriza, por conseguinte, o pacto fundamental do pacto que forma o governo, pois um é o processo político criador, outro o processo eleitoral de escolha de representantes. A dissolução do governo, nesse diapasão, não implica primeiramente a dissolução da sociedade. Já para Rousseau, o contrato social consubstancia a concepção de um corpo político que, pela comunhão de seus membros, cumpre o direito comunitário à autodeterminação, na busca da concretização da felicidade e da autorealização ética. O processo político, mesmo o que forma o governo, é o centro integrador e constituidor do social. É nele que se propaga a vontade geral e se confirma o pacto social respectiva a suas finalidades ético políticas.

O processo político, na reminiscência liberal imaginada no pensamento lockeano, exclusivamente realiza a tarefa de delinear o governo de acordo com o interesse da sociedade, entendendo-se o primeiro como uma ostentação administrativa e a segunda como uma rede de influência mútua entre sujeitos privados, estabelecida na forma de mercado. Em outras palavras, a política tem a função de congregar os interesses privados e conduzir à administração pública estatal, cuja intenção é utilizar-se do poder político para alcançar objetivos coletivos majoritários. O exercício desse poder se regulariza a partir de uma concepção democrática da vontade e da opinião. Na retentiva republicana desenhada pelo pensamento de Rousseau, a seu turno, a política é idealizada para ele dessa função da mediação social, porquanto ela é, inicialmente, indispensável dos processos

societários em geral. Ela é a forma em que se reflete a vida ética real. É o meio pelo qual os indivíduos, solidariamente, se tornam conscientes de sua dependência um dos outros e, agindo como cidadãos, modelam e desenvolvem suas relações de reconhecimento recíproco, transformando-se em uma associação de pessoas livres e iguais perante o direito.

Para o liberalismo o *status* de cidadãos, é verificado por direitos negativos em face do Estado e de outros cidadãos. O processo democrático se dá sob a forma de obrigação entre interesses divergentes, devendo a equidade civil ser garantida pelo direito geral e igualitário de votar e pela composição representativa dos corpos parlamentares. Já no ponto de vista republicano, a cidadania não é causada somente por liberdades negativas a serem solicitadas pelos cidadãos na condição de sujeitos de direitos privados. Os direitos políticos são, especialmente, liberdades positivas, uma vez que garantem não a liberdade de repressão externa, mas a possibilidade de participação política, por meio da qual os cidadãos, na construção de uma identidade ética política comum, reconhecem-se como integrados livres e iguais. Um governo republicano nunca ficaria somente incumbido de exercer um mandato amplamente aberto, como no modelo liberal, mas estaria também obrigado a cumprir certos programas, permanecendo ligado à comunidade política que se autogoverna. A formação democrática da vontade se daria, pois, sob a forma de um discurso ético político, com um fundo consensual culturalmente estabelecido e compartilhado pelo conjunto dos cidadãos.

Ambas as tradições liberais como a republicana acreditam numa visão de sociedade centralizada no Estado. Porém, enquanto para a primeira o Estado é o guardião de uma sociedade de mercado, para a segunda ele é a institucionalização autoconsciente de uma comunidade ética. De acordo com os liberais, a separação entre o Estado e a sociedade não pode ser suprimida pelo processo democrático, mas somente atenuada. Nesse período, a constituição, como mecanismo ou ferramenta de governo, tem o papel de compatibilização. Desigualmente, segundo os republicanos, formação política da vontade e da opinião dos cidadãos cria o meio pelo qual a sociedade se constitui como uma totalidade política. Nesse diapasão, não faz sentido distinguir o Estado da sociedade, já que a sociedade é, desde sempre, uma sociedade política. A constituição é compreendida, desta maneira, como uma consubstanciação axiológica concreta da identidade ética e da auto-organização total de uma sociedade política.

Entretanto o liberalismo e o republicano têm perdido muito de seu poder de persuasão por não levarem seriamente em consideração a complexidade da sociedade hodierna.

Exorbitantemente incrédula, a tradição liberal, acercar-se a diminuir o debate político, à luz de um exemplo econômico de mercado, a uma mera disputa entre atores, voltada exclusivamente para a satisfação de interesses próprios, podem concordar acerca de normas que regerão, de modo imparcial, sua vida comum.

Por sua vez, o republicanismo, ainda tenha a vantagem de compreender a política como algo mais que uma mera afluência entre atores políticos à busca do contentamento de interesses próprios, diversos e divergentes, e procure resgatar a dignidade política, considerando-a como forma dialógica de integração social, é um modelo extremamente normativo, pois tende a reduzir o debate político a um processo de auto esclarecimento coletivo sobre um modo ou projeto de vida que se pressupõe comum, com forte lastro num consenso ético. Ora, conquanto o integrem, os discursos éticos sobre o bem não exaurem o debate político. Como assevera Habermas⁹⁹, no contexto das sociedades complexas hodiernas, marcadas por uma pluralidade de formas racionais de vida, assim como por interesses sistêmico-funcionais, argumentos éticos acerca do que é bom são temperados por questões pragmáticas de interesse, à luz de razões morais sobre o que é justo, possibilitando, senão a construção de consensos, ao menos a formação de compromissos políticos sob condições equânimes.

Desta forma, quando confrontado ao liberalismo, o modelo republicano de política deliberativa tem a vantagem de conservar o significado original da democracia, no sentido da institucionalização de um uso público da razão, praticada conjuntamente pelos cidadãos, em sua prática de autodeterminação. No entanto, os republicanos contemporâneos tendem a dar uma interpretação comunista-demasiadamente idealista a essa prática comunicativa, de tal sorte que o processo democrático fica à serviço das virtudes de cidadãos fiéis ao bem comum, garantido por um fundo consensual ético.

Em decorrência, em que meçam a sua importância para a política, as questões éticas devem ser dependentes às questões morais de justiça e conectadas às questões pragmáticas de interesse. Se, por um lado, no processo legislativo

⁹⁹HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 3, p.107-121, jan./jun., 1995.

deve-se levar em conta não unicamente o que é bom para uma comunidade concreta, mas também o que é justo no igual interesse de todos, por outro, há que se distinguirem os compromissos como constituindo a maior parte dos processos políticos, sob as condições determinadas pelo pluralismo axiológico, cultural e religioso, nas sociedades complexas hodiernas.

Nesse novo ponto de vista da relação entre Estado de direito e democracia, desenvolvida a partir da teoria discursiva de Habermas, o êxito da política deliberativa depende da institucionalização jurídico-constitucional dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes. A ideia de um eu coletivo tanto na visão liberal do conjunto de indivíduos a atuarem como variáveis independentes em processos sistêmicos aleatoriamente desenvolvidos, quanto na leitura republicana de uma vontade geral a refletir a totalidade e em nome desta agir, dá lugar às formas de comunicação sem sujeito a regularem o fluxo das deliberações, de tal modo que seus resultados falíveis se revestem da presunção da racionalidade.

Depois desse novo formato de Estado democrático de direito a constituição não mais pode ser vista, nem em termos liberais, como a guardiã de uma esfera privada e de uma autonomia ético política, a se realizar pelo exercício de uma autonomia compreendida como liberdade positiva. Por semelhante modo, a democracia não mais pode ser concebida, nem em termos liberais, como uma mera disputa de mercado regulada por regras aleatórias, sob um governo comprometido com os interesses majoritários daqueles supostamente por ele representados, nem, em moldes republicanos, como um processo autocompreensivo mediante o qual a identidade ética presumidamente homogênea de uma comunidade concreta se realiza.

Darci Guimarães Ribeiro¹⁰⁰ entende que se há um povo legitimador (ativo), se há um povo deslegitimado (ícone) e se há aquele povo pela qual se funda o próprio Estado, deve-se fazer presente, também, o povo para o qual se erige o Estado. Eis aí o povo-destinatário, que diversamente dos outros, deve ser compreendido sem restrições. O povo destinatário é compreendido em todo cidadão pelo qual o corpo social passa a ser responsável, é o *rule for the people*. Enquanto o povo-ativo é restrito, o povo-destinatário não o é, pois sobre ele recaem todos os

¹⁰⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.98.

deveres positivos (prestação) e negativos (não interferência) do Estado, na medida em que atribuíveis a todos e qualquer indivíduo o que nele se encontre inserido.

Diversamente, para se ajustar a essa visão procedimentalista do Estado de direito e da democracia, a constituição há de ser entendida como a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias a um processo legislativo autônomo ou democrático. A soberania popular, dessarte, assume forma jurídica, por meio do processo legislativo democrático, que realiza o nexo interno entre as autonomias privada e pública dos cidadãos. É dizer, a soberania popular procedimentalmente interpretada garante a articulação dessas duas dimensões da autonomia jurídica, eis que os destinatários das normas jurídicas, na condição de sujeitos jurídicos privados, pelo processo legislativo democrático, na qualidade de cidadão se tornam coautores de seus direitos e deveres.

4.1 CARACTERÍSTICAS E ESTRUTURA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O processo tem como elemento definidor de sua estrutura o contraditório. O processo, como procedimento em contraditório, exige que os interessados e os contra interessados, entendidos como sujeitos do processo que suportarão o resultado favorável ou desfavorável do provimento, participem em simétrica paridade do inter procedimental, para a formação do provimento.

Na fundamentação de Elio Falazzari¹⁰¹: *“Tale struttura consiste nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale alla fase preparatoria del meccanismo; nella simmetrica parità delle loro posizioni”*

Em sendo o contraditório o elemento definidor do processo, que o distingue do procedimento, é necessário analisar a sua estrutura. Anteriormente, o contraditório era visto como simples participação dos interessados no processo. Mas, como ressalta Fazzalari, a participação é exigida não só do autor ou do réu; participam do processo, como sujeitos processuais: o juiz, os seus auxiliares, o Ministério Público, os peritos e também os autores e os réus. Sob este enfoque todos são partes.

¹⁰¹ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova, Cedam, 1992. p. 82.

Para se definir quem serão os contraditores, ou seja, quem participará do processo em contraditório, é necessário verificar quais sujeitos serão afetados pelo ato final, quais serão os sujeitos destinatários do provimento. Estes, que suportarão os resultados favoráveis ou desfavoráveis do provimento, é que serão os participantes em contraditório e que possuem legitimidade para agir, como adiante veremos.

Nas palavras de Elio Fazzalari¹⁰²: *“L’ essezastessadel contradditório exige che vi partecipanoalmenoduesoggetti, un “interessati” e un “controinteressato: sull’uno dei quali l’ altroeffettipregiudizievoli”*.

Mas o contraditório entre os interessados e os contra interessados, não pode ser entendido como mera participação em simétrica paridade. É esta participação em simétrica paridade que define o contraditório, nesta nova concepção.

Manifestada por meio de representantes políticos, a soberania popular; a sociedade política fundamentada numa Constituição escrita, refletidora do contrato social estabelecido entre todos os membros da coletividade; o respeito ao princípio da separação dos poderes, como instrumento de limitação do poder governamental; reconhecimento dos direitos fundamentais, que devem ser tratados como inalienáveis da pessoa humana; a preocupação com os respetos aos direitos das minorias; igualdade de todos perante a lei, no que implica completa ausência de privilégios de qualquer espécie; responsabilidade do governante, bem como temporalidade e eletividade desse cargo público; garantia de pluralidade partidária e finalmente o império da lei, no sentido da legalidade que se sobrepõe à própria vontade governamental, são as características básicas do Estado Democrático de Direito, tendo em vista a correlação entre os ideais de democracia e a limitação do poder estatal.

Compreende-se, deste modo, que a visão dominante nessas características sugere as características que embasaram a concepção do Estado de Direito, assim sendo, a preocupação com a limitação do poder do Estado.

¹⁰²FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova, Cedam, 1992. p. 85.

4.2 A FIGURA DO JUIZ

Um dos maiores desafios do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, a “liberação” do magistrado de concepções típicas dos paradigmas anteriores, sobretudo, do liberal. Isso porque não se pode negar que a atividade interpretativa clássica, isto é, aquela silogística, de mera subsunção do fato à norma, de busca da *mens legis* ou *mens legislatoris* é muito mais cômoda e limitativa da atuação do judiciário do que o método interpretativo proposto no atual paradigma, em que exige além da racionalidade das decisões, a legitimidade das mesmas.

O Estado Social, não obstante apresente maior complexidade interpretativa em relação ao Estado Liberal, também não avançou muito no sentido de permitir uma atuação do Judiciário efetivamente comprometida com a justiça e com a legitimidade das decisões, já que limitava-se a implementar os fins sociais almejados pelo Estado.

O atual paradigma, por sua vez, percebido no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a exigir um aprimoramento das tutelas jurisdicionais a fim de maximizar a aplicação dos direitos fundamentais, tão violados pelos períodos antidemocráticos anteriores.

O Estado Democrático de Direito, na verdade, muito mais do que imprimir a necessidade de uma constituição como vinculação jurídica do poder, trouxe para o epicentro a pessoa humana e sua dignidade. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana passa a conformar um núcleo mínimo donde emanam diretrizes para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Ora, se os direitos fundamentais constituem um mínimo para a manutenção da dignidade humana, qualquer interpretação ou aplicação restritiva desses direitos não se amolda às exigências desse paradigma constitucional, sendo, portanto, ilegítima.

A atuação do magistrado às exigências do Estado Democrático.

Nos ensinamentos de Wayne Morrison¹⁰³:

O positivismo jurídico, como visto, alcança seu apogeu na vigência do *Welfare State*. Tal sucesso pode ser atribuído a representantes como Austin, Kelsen e Hart. Não obstante as especificidades que diferem cada um deles,

¹⁰³MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 452.

todos negam o caráter normativo dos princípios e expressam como objetivo da ciência jurídica “criar um perfeito corpo unitário de regras que pudessem abranger todas as situações.

No plano de aplicação das normas, tal desiderato determinava que o juiz devesse cercar-se de objetividade mantendo-se distante das partes, cabendo-lhe apenas averiguar se uma norma era formalmente válida, isto é, se observava o procedimento adequado para sua produção, o que era previsto por uma norma hierarquicamente superior. Sendo válida, restava realizar a subsunção do fato à norma, sem maiores indagações quanto ao conteúdo normativo. Nesse contexto, a discussão acerca da legitimidade das decisões judiciais restou bastante prejudicada.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, passa a ser foco de discussões doutrinárias a questão da legitimidade das decisões judiciais. De modo que basta que uma decisão judicial seja tão somente racional, requisito já exigido pelo positivismo clássico, mas urge, igualmente, que atenda a ditames democráticos tal qual no âmbito da criação.

Já na citação de Roberto Basilone Leite¹⁰⁴:

Na visão de Habermas, a ‘teoria do discurso’ será a resposta dada à indagação de como é possível ferir a legitimidade de uma decisão judicial, pois somente ela permite que cada ator participe da construção do discurso em busca do consenso. Isso é possível na medida em que o argumento de cada afetado é levado em consideração, ainda que para fins de refutação.

Tal postura sugerida pelo filósofo alemão permite que cada um dos envolvidos no processo possa aceitar a decisão proferida ao final como legítima, mesmo que lhe seja desfavorável, pois a participação na construção do discurso mediante um contraditório efetivo ao longo do processo faz com que todos se sintam coautores do provimento emanado.

Ainda, com Roberto Basilone Leite, ao discorrer sobre o pensamento de Habermas:

A validade da ordem jurídica está na legitimidade que a norma deve ter além de sua facticidade, e essa legitimidade repousa no consenso racional

¹⁰⁴LEITE, Roberto Basile. Hermenêutica constitucional com processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecília Caballero.(coord.) **Justiça e Democracia**: entre o universalismo e o comunitarismo: A Constituição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça. São Paulo: Landy, 2005. p. 197.

obtido por intermédio do debate público. Quando fala em consenso racional obtido por meio do agir comunicativo, Habermas pressupõe cidadãos que agem livre e espontaneamente, isto é, pressupõe sujeitos que, sendo simultaneamente atores e destinatários das decisões públicas, vinculam-se à norma por eles mesmos formuladas por razões alheias ao medo da sanção estatal¹⁰⁵.

Possível extrair da referência acima o giro paradigmático na compreensão esboçada. O Estado Democrático de Direito passa, portanto, a exigir que o âmbito de aplicação das normas se submeta ao princípio democrático, promovendo, por conseguinte, uma maior aproximação do juiz às partes envolvidas, a fim de que possa atentar para os mínimos detalhes que permeiam a demanda sub judice. Em resumo: o direito somente se legitima pela via democrática¹⁰⁶.

Ao revés do que se verifica nos paradigmas anteriores, o julgador jamais poderá colocar de costas para o caso concreto e focar-se unicamente nas disposições normativas abstratas. Pelo contrário, somente ante a uma análise detida do caso concreto é que será possível extrair uma decisão que atenda, concomitantemente, racionalidade, legitimidade e justiça. Nesse sentido, foi de grande valia os ensinamentos de Ronald Dworkin ao propor uma ruptura com aquela atuação do magistrado percebida no positivismo, sobretudo, de Hart.¹⁰⁷

Como identifica Menelick de Carvalho Netto, para Dworkin, não interpretamos somente textos, mas também, fatos concretos. Sendo assim, torna-se perceptível na égide do Estado Democrático de Direito um elemento novo:

[...] um incremento correspondente de exigências quanto à postura do juiz não somente em face dos textos jurídicos dos quais estes hauriria a norma,

¹⁰⁵LEITE, Roberto Basirole. Hermenêutica constitucional com processo político comunicativo: a crítica de Jurgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecília Caballero.(coord.) **Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: A Constituição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça.** São Paulo: Landy, 2005. p. 227.

¹⁰⁶LEITE, Roberto Basirole. Hermenêutica constitucional com processo político comunicativo: a crítica de Jurgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecília Caballero.(coord.) **Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: A Constituição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça.** São Paulo: Landy, 2005. p. 228.

¹⁰⁷DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35. MacCormick resume em quatro as grandes críticas de Dworkin à Hart: “1) Hart não se dá conta do papel dos princípios no processo de aplicação do Direito; 2) Os princípios não poderiam ser identificados pela regra de reconhecimento, que como se sabe, na caracterização do direito de Hart, tem precisamente o papel de indicar quais são as normas – no sentido mais amplo do termo que pertencem ao sistema; 3) A teoria das normas sociais, em que se baseia a noção da regra de reconhecimento – e de norma geral= é insustentável; 4) Hart caracteriza mal o poder discricionário, ao supor que, nos casos difíceis, os juízes atuem como quase-legisladores e exerçam um poder discricionário, forte”. (ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica.** 3 ed São Paulo: Landy, 2006. p 135.

mas inclusive diante do caso concreto, dos elementos fáticos que são igualmente interpretados e que, na realidade, integram necessariamente o processo de densificação normativa ou de aplicação do Direito[...] ¹⁰⁸.

Ora, se cada fato concreto constitui um evento único e irrepitível por natureza, caberá ao juiz desvelar no processo a única resposta correta para aquele caso, de modo que todo e qualquer caso deve ser tratado pelo julgador como um *hard case* ¹⁰⁹.

Para Dworkin ¹¹⁰, o dispêndio de energia do juiz busca da única resposta correta para o caso específico seria tão grande, que resolveu criar um juiz fictício que possuiria todos os atributos exigidos por sua condição. Assim, o juiz Hércules apresenta-se como aquele julgador que reúne em si, na correta medida: paciência, sabedoria, sagacidade e capacidade.

Indubitavelmente é árdua a tarefa de julgar. Oxalá que todos os julgadores pudessem ser considerados verdadeiros Hércules. Mas infelizmente, isso não ocorre. Na práxis judiciárias o que se percebe, até em maioria, são atuações típicas de paradigmas anteriores, mormente, do liberal, em que a preocupação é a única e exclusivamente com aplicação do que consideram ser o sentido liberal da lei, a *mens legis*, ou seja, até mesmo, a *mens legislatoris*, aplicada ritualmente pelo julgador.

Vejamos a teoria criada por Ronald Dworkin ¹¹¹:

De maneira brilhante Dworkin já criticava a versão mais ortodoxa da hermenêutica jurídica fundada na intenção legislativa, a qual denominou de 'teoria da intenção do locutor'. Esta teoria implica em revelar os motivos ou a intenção do legislador quando da confecção das leis. A legislação é entendida como 'um ato de comunicação que deve ser entendido através do modelo simples de locutor e audiência, de modo que a pergunta mais importante na interpretação legislativa é o que um locutor individual ou grupal quis dizer em algum ato canônico de enunciação'.

A contradição do mencionado autor a tal teoria é que nela as soluções sempre deverão convergir para um momento específico da história, aquele em que o sentido da lei se fixa definitivamente.

¹⁰⁸CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Paradigmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, maio 1999. p. 482.

¹⁰⁹CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Paradigmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, p. 475, mai., 1999.

¹¹⁰DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹¹¹DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 416.

São palavras de Ronald Dworkin¹¹²:

O método Hércules [...] rejeita a hipótese de um momento canônico no qual a lei nasce e tem todo e o único significado que sempre terá. Hércules interpreta não só o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estenda para muito além desse momento. Quer utilizar o melhor possível esse desenvolvimento contínuo, e por isso sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando. Não identifica certas pessoas como criadores exclusivos de uma lei. [...]

Na mesma linha, até mesmo o mestre italiano Francesco Ferrara, um dos arautos da hermenêutica jurídica tradicional dispõe¹¹³:

[...] o comando legal tem um valor autônomo que pode não coincidir com a vontade dos artífices e redatores da lei, e pode levar a consequências inesperadas e imprevistas para os legisladores. Como diz Thol, pela sua aplicação a lei desprende-se do legislador e contrapõe-se a ele como um produto novo, e por isso a lei pode ser mais previdente do que o legislador.

A proliferação de pensamentos como esses contribuiu em muito para que aos poucos os aplicadores da norma fossem tomando consciência da importância de sua função na atual conjuntura, não mais como mero boca da lei, mas como instrumento de transformação do status quo, como autênticos guardiões dos direitos e garantias fundamentais. Aquela hermenêutica tradicional que nega a dimensão criadora do intérprete precisa ser devidamente sepultada.

Nos ensinamentos de Margarida Maria Lacombe Camargo¹¹⁴:

Infelizmente, alguns doutrinadores entendem que as técnicas de interpretação, como a gramatical, a lógico-sistemática, a axiológica ou teleológica, entre outras, estão a indicar procedimentos apropriados à atividade jurisdicional de forma vinculativa. A maior parte dessas técnicas interpretativas identificadas na doutrina remonta a *Savigny*, com exceção da teológica, e ele nunca viu nestas técnicas uma maneira de se chegar a um resultado previsível e objetivo do significado da norma.

Restringiu exclusivamente a sugerir os elementos constitutivos de uma norma passíveis de serem considerados numa interpretação, isto é, os elementos que

¹¹²DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 416.

¹¹³FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p.30.

¹¹⁴CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3-4.

informam e orientam a lei sem, contudo, sobrepor-se ao comando do problema, ou seja, a dimensão prática e concreta do caso.

Margarida Maria Lacombe Camargo¹¹⁵, complementa:

Como se percebe, muitos não compreendem que não existe nenhuma técnica, por si só, capaz de garantir que o juiz julgará bem.

O desafio que se apresenta para o Judiciário na égide do presente paradigma constitucional é justamente o de tomar decisões que retrabalhem construtivamente os princípios e as regras constitutivos do Direito vigente para que satisfaçam, simultaneamente a exigência de consolidar a crença tanto na legalidade, compreendida como segurança jurídica, como também na certeza do Direito, entendida como o sentimento de justiça realizada, decorrente do ajustamento da decisão proferida às peculiaridades do caso concreto.

Nesse desígnio, afigura-se indispensável a sensibilidade do magistrado para as particularidades que envolvam a demanda, pois a ideia de realização de justiça perpassa, necessariamente, pela análise detida do núcleo essencial dos direitos fundamentais vislumbrados no caso sub judice. Uma análise meramente silogística é incapaz de fornecer subsídios para a maximização dos direitos e garantias fundamentais que permeiam determinado pleito, e, assim, manter incólume a o macro princípio da dignidade da pessoa humana.

A neutralidade do juiz, tão exigida pelo positivismo jurídico clássico, se tratando da imparcialidade, agora apresenta novo formato.

Conforme traduz Menelick de Carvalho Netto¹¹⁶:

[...] capacidade de o juiz levar em conta a reconstrução fática de todos os afetados pelo provimento e, desse modo, fazer com que o ordenamento como um todo, enquanto pluralidade de normas que concorrem entre si para reger situações, se faça presente, buscando então qual a norma que mais se adequa à situação; qual norma que, em face das peculiaridades específicas daquele caso visto como hard case, promove justiça para as partes, sem deixar resíduos de injustiças decorrentes da cegueira à situação de aplicação.

Os papéis do Poder Judiciário passaram assim pela apropriada concepção do Estado Democrático moderno, de seu desenvolvimento, de suas ideologias em diferentes épocas e das exigências atuais: “A opinião pública, através de seus

¹¹⁵CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.7.

¹¹⁶CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Paradigmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, p. 484, mai., 1999.

órgãos, que a técnica aperfeiçoada e multiplica, é apontada como poder paralelo ao do Estado”¹¹⁷.

Tendo como resultado daí não mais se admitir ao Judiciário circunscrever-se aos limites do dogmatismo, estando mero agente estatal da aplicação e interpretação das leis, enfocando sua atividade através do prisma do individualismo, quando a sociedade se tornou mais complexa e exige novas posturas nas soluções de litígios antes não cogitados, transformando o seu papel político e a sua função social frente a um panorama de tensões, incompatibilidades e contradições da sociedade capitalista contemporânea. O modelo contemporâneo privilegia a lei como fonte primária da regulação jurídica e racionalização social, o Estado como única fonte de direito, a norma como ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes e Juízes como mero aplicadores dos padrões vigentes com uma ação interpretativa.

Igualmente, a função jurisdicional efetiva-se na solução dos litígios, sendo necessário que o Juiz assegure a experiência de uma vontade concreta da lei em relação a uma das partes do litígio, e a eficácia da prestação jurisdicional está na sua validade absoluta para não perdurar o conflito e, na imutabilidade da sentença que produz coisa julgada, a definição jurisdicional.

Lênio Luiz Streck¹¹⁸, entende que:

A dogmática jurídica, ao servir de instrumento para a interpretação, sistematização, aplicação do Direito, vai aparecer como um conjunto de técnicas de fazer crer com as quais os juristas conseguem produzir a linguagem oficial do Direito que se entregam com significados tranquilizadores, representações que têm como efeito o de impedir uma problematização e uma reflexão mais aprofundada sobre nossa realidade sócio-política.

Entretanto, a vivência do dogma jurídico, expressa no dizer o Direito, não ocasiona necessariamente a sua experiência na prática; pode-se ficar na formalidade de sua definição, em sentenças sem execuções, donde questionamentos sobre a própria independência do Judiciário em fazer cumprir as sentenças desembocam na chamada crise do Judiciário.

A sociedade contemporânea reclama maior funcionalidade em sua estrutura e celeridade na prestação jurisdicional, o alargamento do acesso à Justiça, maior

¹¹⁷SÁ FILHO, Francisco de. **Relações entre os Poderes de Estado**. Rio de Janeiro: Bristol, 1959, p. 72.

¹¹⁸STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do Júri: Símbolos & Rituais**. Porto Alegre: Livro do Advogado, 1998. p. 40.

efetividade do processo e oportunidade de participação nas decisões. Assim, as questões ultrapassam a ordem jurídica, alcançando as mais vastas vicissitudes sócio políticas. O corporativismo dos intrigantes do Poder Judiciário e o considerado alto custos surge como pontos sensíveis questionados. Reclama-se do Poder Judiciário uma adaptação às exigências sociais, sob pena de se tornar um órgão alienado e inútil, de se isolar do contexto sócio político. A Justiça chegou a ser definida como o instrumento passivo das classes dominantes e o cidadão como uma hipótese jurídica, uma forma jurídica, não lhe cabendo por isso a responsabilidade pelas desigualdades sociais, mas sendo seu dever, a qualquer momento, amparar os desprotegidos a distribuir a justiça.

Fundamentado em Rousseau, no estado de direito moderno, o poder pertence a homens iguais e deles deriva; nossa Constituição, em seu art. 1º, parágrafo único, traz que todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Mas o liberalismo não conseguiu suprir as exigências de uma sociedade moderna pluralista, e o intervencionismo estatal nas democracias sociais não conseguiu tornar efetivas as liberdades públicas. A sociedade moderna adquiriu consciência da insuficiência de um estado de direito meramente formal, no qual são insculpidas as garantias individuais no texto constitucional, sem, contudo, oferecer instrumentos eficientes e adequados a sua realização concreta. As relações sociais se fundamentam no indivíduo e na coletividade, na soberania e na liberdade daqueles sobre os quais ela atua.

Pode se averiguar é que o pensamento contemporâneo não tira conclusões determinantes frente ao risco de vê-las absorver ante as transformações nas relações e a velocidade com que se operam, gerando uma crise de valores sem antecedentes na História. A penetração dos meios de comunicação, a extrema mobilidade social traduzem-se no aparecimento de perspectivas duvidosas com relação ao futuro do homem e da sociedade.

Diante dessa realidade, fixa-se ao Poder Judiciário, realidade de uma sociedade que tem consciência da necessidade de maior reciprocidade, maior controle de sua parte, maior garantia das liberdades individuais e da realização de ordem jurídica. Constatam-se, porém, dificuldades na participação do indivíduo nessa nova sociedade, dificuldades percebidas já por Rousseau, ao dissertar sobre a adequação do indivíduo às normas, dizendo que: *"Allí donde creyereis hacer reinar las leyes, serán los hombres quienes reincarán"*.

De tal modo, a legislação deve refletir a vontade da sociedade, seus valores e crenças, procurando sempre a supremacia do bem comum, do grupo social. A confiança da imparcialidade da decisão torna o juiz e jurisdicionado elos de uma mesma cadeia; aquele se conhece como decisório de litígios; e este, como receptor da decisão.

4.3 A DISTRIBUIÇÃO DO PAPEL DO JUIZ E DAS PARTES DO PROCESSO

Com a publicação da Carta Magna de 1988, o contexto jurídico torna-se diferente, devido à transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, este fundado na garantia dos direitos fundamentais, o que instaurou uma nova ordem social, onde o processo deixa de ser um mero instrumento da jurisdição para ser uma relação jurídica entre as partes e o juiz, atribuindo-lhe a obrigação de fundamentar as suas decisões em argumentos metajurídicos. Nesse contexto, surge a Teoria da Instrumentalidade do Processo, para a qual o processo é instrumento da jurisdição e tem escopos fora do processo a fim de atingir a pacificação social.

O problema dessa visão de processo esteve no contraditório, o qual passou a ser visto para os instrumentalistas como mera tese e antítese entre as partes, sob a alegação de que a fundamentação das decisões pelos juízes com argumentos metajurídicos, a fim de atingir a pacificação social, revelaria uma certa carga de imparcialidade, o que leva os instrumentalistas a defender a tese de que o processo seria baseado nos institutos da Ação, Jurisdição, Processo e Defesa, em qualquer processo, em afronta ao Estado Democrático de Direito, pois, por óbvio com ele não se coaduna¹¹⁹.

Somente a partir da segunda fase do processo, denominada autonomista, foram reconhecidas as teses de jurisdição, ação, exceção, processo, procedimento tutela jurisdicional, o que possibilitou a Elio Fazzalari, percussor da reconstrução do processo como procedimento em contraditório, desenvolver a teoria que distinguiu o processo do procedimento com o atributo do contraditório, o que, segundo ele,

¹¹⁹ FIORATTO, Débora Carvalho. **A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões na Construção do Estado Democrático de Direito**. Débora Carvalho Fioratto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Revista Eletrônica do Curso de Direito (PUC Minas Serro), v. n. 1, 2010, p. 112-138.

implica na participação na construção da decisão pelo juiz, em contraposição à Teoria da Instrumentalidade do Processo, para a qual o processo não é um fim em si mesmo, mas busca escopos externos.

Sobre o contraditório como garantia constitucional, entende Débora Carvalho Fioratto¹²⁰:

Nesse contexto, o contraditório é uma garantia constitucional das partes, de participar na construção da decisão e de exercer o controle da fundamentação das decisões, visto que o juiz deve motivar as decisões através de argumentos jurídicos debatidos pelas partes para que a decisão seja aceitável e racional.

Sobre o modelo constitucional de processo, Dierle José Coelho Nunes¹²¹, comenta:

O movimento de reforma do processo civil pode ser equiparado ao movimento de um pêndulo: em uma extremidade o liberalismo processual, marcado por um processo essencialmente escrito, conduzido unicamente pela atuação das partes protagonismo das partes, já que o juiz é um mero espectador, uma figura passiva. Ao passo que no outro extremo encontra-se a socialização processual, marcada por um processo oral, pela atuação ativa do juiz, protagonismo judicial e pelo enfraquecimento do papel das partes.

O processo civil no Brasil, desde o Código de Processo Civil de 1939, teve grande influência de Franz Klein, no legislativo, e de Bülow, no âmbito doutrinário. Klein, embora se opunha ao liberalismo processual, buscava uma oralidade no processo, a fim de garantir maior rapidez, contudo, com maior atuação do juiz.

Continua, Dierle José Coelho Nunes¹²²:

Na visão de Klein, os escopos metajurídicos do processo, poderiam levar a uma crise social, necessitando, portanto, de um papel ativo do Estado-juiz. Logo, a legislação austríaca implementava o discurso do protagonismo

¹²⁰ FIORATTO, Débora Carvalho. **A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões na Construção do Estado Democrático de Direito**. Débora Carvalho Fioratto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Revista Eletrônica do Curso de Direito (PUC Minas Serro), v. n. 1, 2010, p. 112-138.

¹²¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para a democratização processual civil. 217 f. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008. p. 27.

¹²² NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para a democratização processual civil. 217 f. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008. p. 50.

judicial. “O processo é visto, assim, na perspectiva socializadora de Klein, como uma inevitável instituição estatal de bem estar social, para a busca da pacificação social”.

Cândido Dinamarco¹²³, alega:

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. [...] Isso significa, sim, que a instrumentalidade do sistema processual é aliada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados.

O papel do juiz neste novo modelo de processo constitucional é de suma importância, igualmente como ocorre com o contraditório, agora visto como uma garantia constitucional e, além disso, segundo a teoria de Elio Fazzalari, garantidor da participação das partes na formação da convicção do juiz na decisão, visto que, no Estado Democrático de Direito, o juiz deve fundamentar as decisões com argumentos jurídicos e racionais, de modo que, ainda, possibilite às partes exercer o controle da fundamentação das decisões.

Sobre a importância da atuação do juiz e das partes, entende Débora Carvalho Fioratto¹²⁴:

A compreensão do processo e do papel das partes e do juiz no Estado Democrático de Direito⁹ depende de revisitação crítica e reflexiva do liberalismo e da socialização processual, através do abandono dos equívocos dos respectivos modelos para a busca de um sistema processual, democrático-constitucional.

¹²³DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 181-183.

¹²⁴ FIORATTO, Débora Carvalho. **A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões na Construção do Estado Democrático de Direito**. Débora Carvalho Fioratto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Revista Eletrônica do Curso de Direito (PUC Minas Serro), v. n. 1, 2010, p. 112-138.

José Alfredo de Oliveira Baracho¹²⁵ aduz que: “a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais”.

Rosemiro Pereira Lea¹²⁶ descreve sobre a teoria de Fazzalari, entendendo para tanto que:

Fazzalari, ao distinguir processo e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de Processo, não fez-lo originariamente pela reflexão constitucional de direito garantia. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico constitucional das democracias, o contraditório é instituto do Direito Constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional.

A teoria de Elio Fazzalari que distinguiu o processo do procedimento com o atributo do contraditório, não é suficiente para compreensão do processo e do contraditório, mas necessita da complementação da Teoria Constitucionalista, a qual entende que o processo deve ser pensado de acordo com a Constituição, em respeito ao contraditório e a todos os demais direitos fundamentais¹²⁷.

Logo, José Alfredo de Oliveira Baracho¹²⁸, afirma que:

O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses se consolidam pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis.

¹²⁵BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 11.

¹²⁶LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 83.

¹²⁷FIORATTO, Débora Carvalho. **A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões na Construção do Estado Democrático de Direito**. Débora Carvalho Fioratto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Revista Eletrônica do Curso de Direito (PUC Minas Serro), v. n. 1, 2010, p. 112-138.

¹²⁸BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 90, 1999.

Já na visão de Ítalo Andolina¹²⁹:

O modelo constitucional de processo proposto por Andolina e Vignera é marcado pela expansividade, pela variabilidade e pela perfectibilidade, características que integram um esquema geral de processo, ou seja, um modelo único e tipologia plúrima que significa um modelo constitucional de processo, que admite pluralidade e procedimentos (procedimento como a sucessão, a sequência de atos e de fases do processo). À norma processual que permaneça em conformidade com o esquema geral de processo é garantida a sua expansividade. Ao se expandir para um determinado microssistema, a norma processual pode variar, pode assumir forma diversa, em decorrência das especificidades daquele microssistema (variabilidade), logo o modelo constitucional ao definir novos institutos em decorrência do processo legislativo, tende a se aperfeiçoar (perfectibilidade).

Sobre a fundamentação do juiz nas decisões judiciais e fiscalização das partes, entende Débora Carvalho Fioratto¹³⁰:

Se o juiz fundamenta sua decisão em argumentos não-jurídicos, ou em argumentos não utilizados pelas partes, ocorre a violação do princípio da fundamentação da decisão e, conseqüentemente do contraditório, visto que as partes não participaram na construção do processo; da ampla argumentação, já que o tempo processual foi insuficiente para que as partes construíssem de forma efetiva a argumentação a ser utilizada na preparação de sua ampla defesa; do terceiro imparcial, uma vez que ao decidir com base em argumentos pessoais, o juiz passa a ser o único intérprete do direito, reforçando o seu subjetivismo e atingindo a sua imparcialidade.

No Estado Democrático o Direito Processual deve ser visto também como um direito fundamental que deve ser garantido pelo Estado, não apenas como direito fundamental em si mesmo, mas também como instrumento para efetividade dos demais direitos fundamentais, ou seja, o Direito Processual deve ser entendido como Direito Processual Constitucional, elaborado e aplicado conforme as normas constitucionais, pois, o estudo do Direito Processual só pode ser feito a partir da Constituição Federal, já que, se assim não fosse, muitos dos direitos fundamentais seriam violados.

¹²⁹ ADOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de processo**, São Paulo, v. 87, p. 9 -11, 1997.

¹³⁰ FIORATTO, Débora Carvalho. **A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões na Construção do Estado Democrático de Direito**. Débora Carvalho Fioratto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Revista Eletrônica do Curso de Direito (PUC Minas Serro), v. n. 1, 2010, p. 112-138.

Darci Guimarães Ribeiro¹³¹ posiciona-se no sentido de que deverá se observar que a lei se constitui em mera baliza de interpretação donde se deve operar a concretização dos direitos que, hoje, são restringidos ao plano abstrato normativo. Não há interpretação sem escolha política, contudo, esta deve ser uma política de concreção dos valores inseridos na Constituição.

O mesmo autor entende que além da democracia participativa inserida nos âmbitos já citados, devemos concebê-la em seu aspecto verdadeiro: aquela visão de democracia em que o indivíduo está concretamente engajado na busca daquilo que ele entende ser o melhor para si e para a sociedade em que vive, ele é o verdadeiro protagonista dos rumos da sociedade e não mais os seus representantes. É ele, e somente ele, que sabe o que é melhor para si e, conseqüentemente, para os outros, não há transferência de legitimidade a outros, pois só transfere legitimidade, num regime verdadeiramente democrático, quando não se é capaz de, por si só, concretizar a realização de uma sociedade livre, justa e solidária.

Sobre o Direito Processual Constitucional e o princípio da fundamentação das decisões, entende Débora Carvalho Fioratto¹³²:

O Processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais garante às partes afetadas pela decisão o contraditório, como forma de participação em simétrica paridade, na construção da sentença. Portanto, o princípio da fundamentação das decisões deve ser repensado, em conexão com o princípio do contraditório, uma vez que as partes construirão a decisão através de uma efetiva argumentação durante o processo e não mais o juiz, como pensou os instrumentalistas, por meio de sua atuação única e exclusiva no processo. O princípio da fundamentação do Estado Democrático de Direito.

Flaviane de Magalhães Barros¹³³ aduz: “evita que a sentença seja um produto volitivo subjetivo da inteligência de um único intérprete do ordenamento jurídico e da Constituição, que é o juiz prolator da decisão”.

¹³¹RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.104.

¹³²FIORATTO, Débora Carvalho. **A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões na Construção do Estado Democrático de Direito**. Débora Carvalho Fioratto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Revista Eletrônica do Curso de Direito (PUC Minas Serro), v. n. 1, 2010, p. 112-138.

¹³³BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v.1, n. 6. p. 132, 2008.

Disso se extrai que a consolidação do Estado Democrático de Direito depende da correlação entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, em consonância, ainda, com o Direito Processual Constitucional.

4.4 O PROCESSO COMO LOCUS DE PARTICIPAÇÃO COMO GARANTIA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONTRADITÓRIO

O processo como garantia da aplicação do princípio do contraditório, enquanto norma constitucional deve encontrar acatamento não somente na legislação, mas também na efetiva aplicação de textos legais nas praxes decisórias.

Conforme aduz Dierle José Coelho Nunes¹³⁴:

Elvio Fazzalari, em estudos realizados em 1958, em Peruggia, na Itália, fez a diferenciação entre processo e procedimento, embasado na existência de uma estrutura dialética fundada na participação dos sujeitos do processo em toda fase preparatória da sentença; possibilitando a todos o diálogo e o exercício de um conjunto de controles de reações e de escolhas dentro daquela estrutura.

Apesar disso o modelo constitucional do processo com o passar dos anos, entende-se a necessidade de inclusão de garantias constitucionais dentro daquela estrutura processual. Desse modo, o princípio do contraditório assumiu o papel de uma das garantias mais importantes dentro do meio processual, porém não a única.

Na antevisão de um Estado Democrático de Direito, a garantia do contraditório assume uma função estruturadora no sentido contribuir para a construção desse novo modelo do processo baseado nas garantias asseguradas pela constituição.

A estimação desta garantia era tão evidente para a solução de conflitos e indispensável que a parte contrária fosse ouvida.

Ainda na visão de Nunes¹³⁵:

Até o início do século XIX o princípio era considerado um símbolo dos direitos naturais, sendo que a literatura europeia costumava afirmar que ele encontrava seu fundamento em um princípio de razão natural sendo imanente ao processo.

¹³⁴NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Belo Horizonte: Boletim Técnico OAB/MG, 2004. p. 40.

¹³⁵NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Belo Horizonte: Boletim Técnico OAB/MG, 2004. p. 41.

Entretanto, aos poucos, com a transição do processo liberal para um processo em que o juiz era o centro das atenções portador de amplos poderes dentro da estrutura processual, o contraditório foi perdendo a importância ético-ideológica.

Nos anos 30 imaginou-se que a falta de cooperação entre as partes não seria obstáculo para chega a uma decisão justa. Tendo algumas correntes doutrinárias apontando, inclusive, a possibilidade de “supressão do contraditório no processo civil e a absorção o processo de partes no procedimento oficioso de jurisdição voluntária”.

Com a trajetória do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito e os grandes reformistas no campo processual a figura do juiz sofreu certo destaque, com isso houve a necessidade de uma releitura do contraditório de forma a permitir uma melhor relação entre o juiz e as partes, uma vez que o diálogo no meio processual se fazia necessário, desde a fase preparatória até a sentença. Era extremamente essencial a participação de todos os sujeitos processuais na estrutura processual.

O fundamento constitucional do contraditório no Brasil encontra-se previsto no art. 5º, inciso LV, da CF. De acordo com este dispositivo constitucional a garantia do contraditório e da ampla defesa tem que ser assegurada em qualquer processo judicial ou administrativo, com os meios e recursos a ela inerentes. Porém, mesmo sabendo que a Constituição de 1988 estendeu a observância deste princípio ao processo administrativo, com os meios e recursos a ela inerentes. Porém, mesmo sabendo que a Constituição de 1988 estendeu a observância deste princípio ao processo administrativo a sua leitura ao pé da lei traduz ainda uma visão voltada para a bilateralidade de audiência que permite tão somente uma análise estática ou forma do conteúdo da referida garantia.

Nunes¹³⁶ alerta para o fato de as reformas que vêm sendo implementadas no sistema processual brasileiro vem, como ele mesmo diz, negligenciando o papel do diálogo processual, explica:

O que piora ainda mais a situação é credulidade reformista brasileira que tão somente com o constante reforço de poderes judiciais, com possibilidades cada vez mais recorrentes da prática solidária da decisão, resolver-se-á todas as mazelas de nosso sistema processual.

¹³⁶NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Belo Horizonte: Boletim Técnico OAB/MG, 2004. p. 47.

Esta percepção equivocada ao lado de uma negligência ao papel dialogo e problematizante do processo conduz a um esvaziamento do papel do contraditório em nosso país e à redução de sua utilização dentro de uma percepção democrática da aplicação da tutela.

Na ótica de Nunes¹³⁷ essa leitura do princípio do Contraditório não decorre de uma má estruturação técnica de nossos procedimentos, mas sim de uma análise reduzida que despreza as balizadas do modelo constitucional do processo.

O contraditório pode receber tratamento diferenciado se estiverem envolvidos na disputa dos direitos disponíveis ou indisponíveis. O manuseio desigual está relacionado à sua efetivação, senão vejamos:

Primeiro, quando o direito é disponível o seu titular tem a liberdade de fazer com ele o que bem entender, ressalvas a limitações instituídas em prol do interesse público. A disponibilidade está relacionada aos direitos patrimoniais. Além disso, para que possa ser exercida é necessário que não esteja em disputa interesses de incapazes.

Sendo o interesse disponível, o contraditório é meramente potencial. Desse modo, não é necessário que seja efetivamente posto em prática. Basta apenas que, em tese, seja assegurado. Assim, não é obrigatório que o interesse seja defendido, embora a omissão possa importar em prejuízo. A validade do processo não está condicionada à reação da parte interessada, bastando, para tanto, que se dê ciência à parte do ato praticado. As providências a serem tomadas são de responsabilidade do interessado. Por isso é que se fala em contraditório possível ou potencial, para ressaltar o que pode ocorrer ou não.

Segundo, quando o direito é indisponível como, por exemplo, os direitos da personalidade, o contraditório deve efetivo, ou seja, é necessária a reação da parte.

Conforme aborda Fábio Alexandre Coelho¹³⁸:

Neste caso o defensor tem a obrigação de dar efetividade à defesa do acusado. Sua presença é obrigatória. Além do que a defesa não poderá ficar abaixo do padrão mínimo aceitável, sob pena de anulação do ato em virtude da ausência de ampla defesa. Não basta que seja assegurado o contraditório, tem que estar inserido também a ampla defesa, por essa razão estes dois elementos devem estar paralelos.

¹³⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Belo Horizonte: Boletim Técnico OAB/MG, 2004. p. 46.

¹³⁸ COELHO, Fábio Alexandre. **Teoria Geral do Processo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Juarez Silva, 2007.p.103.

Circunstância específica do princípio do contraditório é a Citação por edital, neste caso, se o réu não comparecer ao ato, nem constituir um defensor, o processo e prescrição poderão ficar suspensos, como se no processo penal (art. 366, CPP), ou nomeará curador especial para assistir aos interesses do requerido, isso no caso do processo civil (artigo 9º, II). Em ambas as hipóteses o que se almeja é o contraditório efetivo.

São três os modos de exercício contraditório: o prévio, o diferido e o eventual.

Na espécie de contraditório prévio o juiz somente poderá fazer ou permitir que faça alguma coisa depois de ouvir ambas as partes, dando oportunidades iguais para que os ligantes produzam provas de suas alegações antes do julgamento da lide.

Segundo Ovídio A Baptista da Silva¹³⁹:

A observância desta forma de contraditório, por sua vez, sugere a necessidade da ampla defesa (grifo nosso) em nosso sistema transformada em cânone constitucional. É a única forma em que se matem fiel à ordinariedade do procedimento, ou seja, é a única forma que obedece a uma ordem lógica dentro do nosso sistema processual.

Na espécie de contraditório diferido o processo pode sofrer modificações quando ao momento de seu exercício. O normal é que o contraditório seja imediato. Por exemplo, suponhamos que uma das partes fez uma alegação e requer ao juiz uma determinada providência jurisdicional. Antes de decidir o juiz deve, necessariamente, ouvir a parte contrária. Entretanto, há hipóteses em que o contraditório não é imediato, sendo necessário diferir, adiar o seu exercício. Essas hipóteses, dizem respeito aos casos em uma das partes, alegando urgência, solicita que uma determinada medida seja concedida inaudita altera parte, ou seja, sem a oitiva da parte contrária.

Neste caso o juiz só deve diferir o contraditório quando a concessão da providência jurisdicional sem a oitiva da parte contrária seja essencial para a tutela do direito violado ou ameaçado. É o que ocorre, por exemplo, em situações emergenciais. De qualquer modo, o magistrado haverá de examinar se estão presentes os requisitos para a concessão da medida pleiteada sem que a parte

¹³⁹SILVA, Ovídio A. Batista. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 151.

contrária seja previamente ouvida, trabalhando com a ponderação de interesses, sob a inspiração do princípio da proporcionalidade, para aferir se o desprezo momentâneo ao contraditório é justificado.

A atividade cautelar visa assegurar o resultado da atividade de conhecimento ou de execução. Sua existência está também relacionada à tutela de situações de emergenciais. Assim sendo, pode haver a necessidade de afastar o contraditório imediato. Digamos que um comando judicial determina a apreensão de bens do devedor que pretende evadir-se, essa conduta poderá impedir que a atividade executiva alcance o seu objetivo. A aplicação do contraditório diferido, nesse caso, é possível.

Na tutela antecipada, o juiz concede, em caráter provisório, a providência jurisdicional solicitada. A cognição exercida é sumária. Quando a antecipação de tutela estiver relacionada às situações emergenciais, em que o direito pode vir a perecer, o contraditório deverá ser diferido.

Nos ensinamentos de Nelson Nery Junior¹⁴⁰:

Outra situação em que envolve o contraditório diferido consta do artigo 289-A, do Código de Processo Civil¹⁴¹.

A presente norma é medida de celeridade (CF, art. 5º, LXXVIII) e de economia processual, que evita a citação e demais atos do processo. Porque o juízo já havia decidido questão idêntica anteriormente. Seria perda de tempo, dinheiro e prática dos demais atos do processo, quando o juízo já tem posição firmada quanto à pretensão deduzida pelo autor.

Sobre o tema, Ovídio Baptista da Silva¹⁴² argumenta que:

Os procedimentos que contenham liminares correspondem à aplicação de um princípio que se opõem ao contraditório prévio. Aqui o juiz pode ordenar ou permitir que se execute antes da sentença final de procedência da ação uma inversão de fases, por meio da qual se permite executar antes da sentença. Na verdade, o juiz antecipa julgamento sob a forma de provimento provisório, relativo, porém, ao mérito da causa.

¹⁴⁰NERY JUNIOR, Nelson Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006. p. 482.

¹⁴¹Art. 289-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos poderá ser dispensada a citação e proferida a sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

¹⁴²SILVA, Ovídio A. Batista. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 153.

A terceira forma que o contraditório pode assumir é o contraditório eventual. Neste caso, o contraditório é eliminado do interior da demanda e transferido para uma ação incidental, como nos embargos devedor, ou para uma ação independente, como nas possessórias e nas ações cambiárias; ou ainda em ações particulares, como ocorre na ação de desapropriação e busca e apreensão (Decreto-Lei 911/69).

No entanto alguns processualistas, como é o caso de Cândido Rangel Dinamarco nega a existência dessa espécie de contraditório (contraditório eventual), pois a ideia de eventualidade é característica inseparável desta garantia; uma vez que depois que os sistemas processuais conceberam o processo contumacial, o contraditório passou a ser, de certa maneira, sempre eventual, pois o réu é citado para, querendo, na eventualidade, responder ao processo, sendo que sua opção obstará o desenvolvimento regular do processo.

Ainda sobre o tema, Ovídio A. Baptista da Silva¹⁴³ ensina que:

Ocorre que, a eventualidade é sim, uma particularidade que está atrelada ao contraditório, porém, o chamado contraditório eventual distingue-se das duas formas levantadas anteriormente em ponto relevantes.

Enquanto nos contraditórios prévio e diferido, as posições das partes não alteram, em virtude da aplicação do princípio, o autor continua como tal o réu; já no eventual aquele que figurou inicialmente como autor irá tornar-se demandado na ação “plenária” subsequente, ou seja, o que seria matéria de contestação torna-se o conteúdo da demanda inversa correspondente, cabendo-lhe, assim o encargo de iniciar, como autor, o contraditório em demanda posterior.

O contraditório como garantia da não surpresa, antes o contraditório era tido como um direito de bilateralidade de audiência possibilitando as partes a devida informação e possibilidade de reação.

Como salienta Dierle José Coelho Nunes:

De princípio fundante do processo que asseguraria influência de compensação das desigualdades entre as partes – simétrica paridade (GIULIANI, 19958, p. 532) – passou o contraditório a se contentar com uma aplicação formal, numa lógica de direitos e obrigações (PICARD, 199587, p. 117). Tal contraposição de teses nem mesmo necessitava encontrar ressonância das decisões do juiz ativo e hierarquicamente sobreposto às partes¹⁴⁴.
[...]

¹⁴³SILVA, Ovídio A. Batista. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p.157.

¹⁴⁴NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 227.

Essa visão remeteu o contraditório a um papel secundário a ponto de afirmar nos anos 30 do século passado que mesmo na falta dele (contraditório) seria possível a prolação de uma decisão justa, uma vez que esta pode ser obtida sem cooperação das partes¹⁴⁵.

Após a segunda guerra, o princípio do contraditório ganha novos ares devido aos movimentos de constitucionalização do processo, pois o delineamento de uma moderna concepção isonômica do contraditório somente se inicia de modo mais efetivo a partir desse momento, mediante a percepção da doutrina processual germânica de que este não poderia mais ser analisado tão somente como mera garantia forma de bilateralidade da audiência, mas sempre como uma possibilidade de influência sobre o conteúdo das decisões e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.¹⁴⁶

Daí, em uma nova leitura, o contraditório passou a ser visto como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo, entendido como o sustentáculo do policentrismo processual.

Desta forma, o julgador assume uma nova carga de poderes, o que acarreta o ônus de informar às partes todas as iniciativas que pretende tomar, especialmente para viabilizar o debate em contraditório. Este dever de esclarecimento do juiz surge para evitar julgamentos surpresa.

Tem-se, portanto que o contraditório constitui uma verdadeira garantia da não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo fatos complementares estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes¹⁴⁷.

Vale ressaltar, por fim que aqui o contraditório não influi na decisão do juiz, mas este, por sua vez, assume o papel de garantidor desse princípio de forma que sua não observância possibilita a nulidade dos atos praticados¹⁴⁸.

¹⁴⁵NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009. p.145.

¹⁴⁶NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 227.

¹⁴⁷NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 229.

¹⁴⁸ [...] o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mais sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a faz do juiz um garante de sua observância, impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício. (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 230).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente estudo foi, em síntese, discutir acerca de um modelo de processo civil que fosse adequado ao Estado Democrático de Direito. No entanto, constatou-se que com as diversas estruturas de Estado existentes, partindo do Estado Liberal, passando pelo Estado Social e chegando ao Estado Democrático de Direito, e partindo ainda da premissa de que nossa sociedade evoluiu, tem-se que o que se vivenciou foi uma república escravocrata, ou seja, duas ditaduras e, conseqüentemente, dois processos de redemocratização política com as Constituições de 1946 e 1988.

Sendo assim, da mesma forma que houve a evolução normativa, gerada pelos diversos ordenamentos jurídicos anunciados por cada nova estrutura estatal, que criaram e proporcionaram as respectivas "gerações de direitos", bem como a primeira, segunda e terceira, deve haver a progressão interpretativa por parte dos juízes, os quais devem procurar analisar o texto da lei não somente em seu aspecto literal, mas sobretudo em seu sentido histórico, sistemático e teleológico, visando atingir os fins estabelecidos pelo legislador, bem como dar efetividade ao princípio do contraditório, a fim de que não partam de premissas que conduzirão a decisões antiquadas e dessarazoadas.

O Estado Liberal, o qual cria o chamado direito de primeira geração, tem como ideal garantir os direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos individuais, a livre concorrência e a não intervenção estatal nas atividades privadas, ou seja, preconiza-se a igualdade, a liberdade individual, e a propriedade, destacando-se o surgimento do princípio da legalidade, além do princípio da razão e proteção ao indivíduo e também à propriedade privada, passando os estados a se organizarem em estruturas por intermédio de constituições formais, movimento este designado de constitucionalismo.

Vale destacar que nesta forma de Estado o juiz se encontra recluso à lei e a interpretação do direito somente se realizará quando um texto normativo legal encontra-se obscuro ou imperfeito, observa-se, dessa forma, que a atuação do julgador é mínima, pois deve aplicar a vontade da lei.

Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, ao Estado liberal burguês interessa o dogma da completude da lei como forma de o juiz garantir, em qualquer eventualidade, as liberdades negativas da intervenção do Estado na órbita

indepassável dos direitos individuais, ou seja, a atividade hermenêutica do julgador limita-se à mera aplicação mecânica da norma ao fato, o que verifica-se que a literalidade da norma é o elemento adotado para interpretar, isto é, a atividade do intérprete está restrita ao texto normativo, tratando-se, portanto, da denominada interpretação negativa.

Como mencionado, o Estado Liberal desenvolveu-se em torno de alguns princípios básicos, tais como a garantia dos direitos individuais, constitucionalidade e legalidade, hierarquia das leis e distinção entre atos de império e atos de gestão, autonomia da vontade e liberdade contratual, bem como o equilíbrio entre os Poderes e a certeza jurídica, o que levou o Estado a adotar a Teoria da Separação dos Poderes trazida por Montesquieu o que era fundamental para a proteção desses princípios.

Paulo Bonavides, explica a origem do princípio da divisão de poderes, entendendo para tanto que a separação de poderes foi a forma de garantir o indivíduo, de rodeá-lo de proteção contra o Estado, implicitamente seu maior inimigo na teoria liberal, o *negativum* de que emanam as piores ameaças ao vasto círculo dos direitos individuais, que a Revolução havia erigido em dogma de vitorioso evangelho político.

Pode-se dizer que várias conquistas foram idealizadas no Estado Liberal, sendo estas a supremacia da Constituição, marcada por uma clara dependência constitucionalizada do poder de controle do Estado ao direito, o que fez do positivismo jurídico um meio excepcional, determinando que o desempenho estatal se conservasse rigidamente restrito à lei.

Dessa forma, o ordenamento jurídico positivado ostentou a função de limitador da pretensão do governante e, ao mesmo tempo, um garantidor do conjunto de direitos e garantias individuais, os quais não poderiam ir além nem mesmo pelo Estado, bem como a estipulação de funções estatais, a declaração e garantia dos direitos individuais, objetivando uma postura omissa do governo em não intervir na sua livre manifestação, limitando a atuação política estatal na esfera do indivíduo, visando assegurar a liberdade.

Contudo, tais idealizações não foram suficientes para evitar as crises que surgiram por consequência de acúmulo de capitais e de propriedade em posse de um número pequeno de cidadãos proprietários, marcados pela ideia de limitação do poder, pois esse modelo de estado era incapaz de atender as demandas sociais e a

necessidade real sobre os direitos e liberdades, o que ocasionou a sua ruptura e a adoção do Estado Social no qual os cidadãos tinham a ideia de participação no poder.

Nesse contexto, pode-se assim dizer, nas palavras de Marcelo Andrade Cattoni, que houve uma redefinição dos clássicos direitos liberais de primeira geração, adaptando-os à nova necessidade social, pois o direito, por seu turno, “passa a ser interpretado como sistema de regras e de princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (ordem material de valores, como entendeu a Corte Constitucional Federal alemã), bem como de programas e fins, realizáveis no limite do possível.

Cria-se, portanto, o Estado Social, surgindo os direitos de segunda geração, assumindo assim, a função de agente conformador da realidade social para atender a sociedade eivada de conflitos sociais, integrando e reduzindo as desigualdades e gerando o bem estar social, deixando os direitos fundamentais de ser casuísticos e passam a ser entendidos como valores essenciais do sistema jurídico-político, os quais de meros direitos de defesa passam a ser entendidos como um direito de participação do cidadão e de prestações do Estado.

O Estado Social estendeu o conceito de direito público subjetivo e gerou os direitos sociais, exigindo políticas governamentais positivas que salvaguardassem o mínimo de bem-estar à população, passando a limitar o poder econômico, o que objetivou implementar a igualdade material.

Como bem relata Paulo Bonavides, o objetivo do Estado Social é ser um Estado produtor da igualdade e não de desigualdades sociais, visto que esse objetivo, ou seja, a promoção da igualdade material, deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional em se tratando de estabelecer equivalência de direitos, e, por conseguinte, obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas e a prover meios, se necessário, para concretizar os comandos normativos de isonomia.

Tem-se ainda que no Estado Social, o processo é entendido como sendo um instrumento de materialização da justiça, a qual deve-se dirigir ao social, com o objetivo de por meio da liberdade individual, estreitar seu relacionamento com o processo, pois sem respeito ao indivíduo não há justiça social, bem como sem permitir o acesso do indivíduo à justiça, não há justiça Social, visto que todo obstáculo ao indivíduo perante o Judiciário é frustrar a justiça social.

Não obstante a isto, o Estado Social foi tomado pela crise à medida que o discurso assistencialista tentava encobrir a insuficiência de recursos do Estado para atender as demandas sociais e econômicas da complexa sociedade moderna, o que ensejou releitura das premissas até então adotadas.

A terceira geração de direitos, entendidos como direitos e interesses difusos, postulados pelo Estado Democrático sobreveio com a idéia de corrigir algumas falhas presentes no Estado Social, tendo como principal objetivo a garantia de direitos individuais e social, bem como os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais são instituídos e organizados de forma que um não avance sobre a função do outro, com destaque para a organização da sociedade civil, que passa a participar dos debates envolvendo a coisa pública, questionando e fiscalizando o Estado sobre os problemas sociais e seus interesses fundamentais.

Coube ao Estado Democrático de Direito Brasileiro ampliar o conceito de direito social, o qual passa a criar o chamado direito fraternal, exigindo do Estado uma postura de antecipação de suas responsabilidades, que deve se antepor aos fatos, buscando controlar a sociedade, implantando formas que realmente concretizasse o modelo previsto na Constituição Federal de 1988, pautado nos ditames da justiça, solidariedade, pluralismo e ausência de preconceitos.

Assim, como no Estado Social, não basta apenas declarar direitos ou garanti-los para se ter um processo civil mais justo e eficiente, necessário se faz sua efetiva concretização, razão pela qual o Estado Democrático de Direito, via de regra, na precisa lição de Lênio Streck, deve fornecer um Direito Transformador, a fim de que se possa implementar o modelo de sociedade pluralista e sem desigualdades e preconceitos previsto na Constituição Federal de 1988.

Tem-se que o Estado Democrático é fruto de uma evolução histórica que atravessou os estágios do Estado liberal e do Estado social, com a superação de grande parte das contradições e das deficiências dos sistemas anteriores, até atingir o modelo contemporâneo que inspira várias das atuais constituições estrangeiras, além da Constituição Federal Brasileira de 1988. Assim, como mencionado, o Estado Democrático surgiu com o objetivo de reestruturar o Estado Social por meio da correção de algumas falhas que se apresentavam, visando terminantemente garantir os direitos individuais e sociais, fazendo com que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não sobressaísse um sobre a função do outro.

Pode-se afirmar ainda que enquanto o Estado Liberal vivenciou a fase Declaratória dos Direitos (individuais) e o Estado Social, a fase Garantista dos Direitos (sociais), o Estado Democrático de Direito, insere-se na fase Concretista dos Direitos (fraternais), por meio da qual se busca, efetivamente, formar uma sociedade plural, onde se respeitam as diferenças de credo, sexo, cor e religião.

Posto isto, tem-se ainda que com a referida pesquisa, observou-se que para se ter a garantia da democratização do processo civil, capaz de evitar o modelo de jurisdição atrelado ao perfil positivista-liberal, o qual é concebido por um juiz que objetiva produzir decisões e não efetivar o direito no caso concreto, implica em uma análise e aplicabilidade do princípio do contraditório, entendendo-o não apenas como mera garantia formal de dizer e contradizer dos demais sujeitos do processo, mas também entendê-lo como um direito de legítima participação e influência nas decisões, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Por meio desse modelo de processo, os pronunciamentos jurisdicionais serão fundamentados nas argumentações construídas por todos os envolvidos, com a garantia de uma decisão participada e não fruto de contextos exclusivos do julgador.

Sobre o tema Menelick de Carvalho Netto esclarece que a capacidade do juiz deve levar em conta a reconstrução fática de todos os afetados pelo provimento e, fazer com que o ordenamento como um todo, enquanto pluralidade de normas que concorrem entre si para reger situações, se faça presente, buscando então qual a norma que mais se adéqua à situação; qual norma que, em face das peculiaridades específicas daquele caso visto como hard case, promove justiça para as partes, sem deixar resíduos de injustiças decorrentes da cegueira à situação de aplicação.

É certo que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, algumas matérias jurídicas foram reanalisadas para que pudessem se amoldar à concepção de Estado Democrático de Direito, sendo que uma dessas matérias é o processo como relação jurídica entre as partes e o juiz, passando a ser definido como um instrumento da jurisdição que tinha como objetivo realizar a pacificação social, o que dispunha que o juiz fosse o único intérprete no processo para formular suas decisões.

Sendo assim, o contraditório passou a ser visto como um simples dizer e contra dizer, ou seja, as fundamentações das decisões se reduziram em motivações

de decisões vindas da própria convicção pessoal e interpretação exclusiva do julgado/juiz.

Elio Fazzalari em muito contribuiu para com essas mudanças, pois distinguiu o processo do procedimento com o atributo do contraditório, etendendo que este era como a participação na construção da decisão, em simétrica paridade de armas, dos afetados pelo pronunciamento do juiz.

O contraditório nada mais é do que uma garantia constitucional atribuída às partes, com o objetivo de participação na construção das decisões e de exercer o controle da fundamentação das decisões, visto que o juiz deve motivar as decisões através de argumentos jurídicos debatidos pelas partes para que a decisão seja aceitável e racional.

O conceito contemporâneo de Estado democrático de direito exige que o legislador, nas sociedades políticas democráticas de direito, ao ser eleito, passe a se submeter aos princípios do processo como instituição jurídica norteador da soberania popular e da cidadania, cujos fundamentos se assentam no instrumento da jurisdição constitucional e esta como atividade judicatória dos juízes, de forma legal, pré-existente e básica, como única fonte do poder constituinte.

Com caráter científico, a teoria constitucionalista do processo, entende que o processo, em seus novos parâmetros teóricos na pós-modernidade, passa a se apresentar como instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se em garantia, na qual os sujeitos são ao mesmo tempo autores e destinatários do provimento final, emitido pelo magistrado, a partir da reconstrução fática processual.

Assim, o processo constitucional tem por fundamento garantir o princípio da supremacia constitucional, possibilitando a efetivação da tutela, bem como a proteção e o fomento dos direitos fundamentais, tendo como pressupostos essenciais, o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos e as formas de controle constitucional; que não podem ser confundidos com diminuição ou eliminação das garantias processuais constitucionais como o princípio do contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, direito de prova, instrumentalidade das formas, presença de advogado, gratuidade e assistência judiciária, fundamentação das decisões, entre outros preceitos implícitos e explícitos

na Constituição Federal de 1988, sob pena de fender o princípio do Estado democrático de direito.

A norma do artigo 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determina que ‘todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos, e fundamentadas as suas decisões, sob pena de nulidade...’

O princípio da fundamentação é uma evolução do direito das partes que ocorreu após a transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, quando os direitos fundamentais, incluindo os direitos fundamentais processuais, se tornaram eficazes e possibilitaram às partes uma maior participação no processo e fiscalização das decisões judiciais, por meio do contraditório.

Logo, tal controle das decisões judiciais advém da argumentação e contraargumentação das partes e não da mera interpretação do juiz, o qual não é mais o juiz mero declarador de direitos do Estado Liberal.

Mencionou-se ainda no trabalho sobre o ativismo judicial que se caracteriza pelas decisões judiciais, das quais atribuem obrigações ao julgador, sem que haja previsão legal expressa. Sendo assim, decorre da nova hermenêutica constitucional, dos princípios e das cláusulas abertas, visto que o ativismo judicial é um fenômeno que se destacou com o fim da segunda guerra e com a hegemonia da Constituição, bem como com o advento do pós-positivismo e ascensão dos direitos fundamentais e dos princípios que sustentam a Magna Carta e também com a decadência do constitucionalismo liberal.

Tem-se, portanto que o ativismo judicial se relaciona perfeitamente com a participação efetiva dos magistrados no controle da constitucionalidade, ampliando-se o poder dos tribunais no controle dos demais poderes.

Quanto ao tema ativismo judicial, constatou-se no presente estudo que Lenio Luiz Streck ao destaca a corrente procedimentalista de Habemas, entende que a discussão sobre o tribunal constitucional, bem como sobre seu ativismo ou automodéstia, não pode ser conduzida *in abstracto*, pois quando se entende a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e a forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente.

Entretanto, conclui Streck que é necessário livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente, pois entende que ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade.

Relata ainda o mesmo autor que sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada, qual seja, da cidadania que se transformou na comunidade dos intérpretes da constituição, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de tutor.

Nos dias atuais, o princípio da fundamentação impõe aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico da fundamentação de seus pronunciamentos decisórios, com o objetivo principal de afastar o arbítrio e as intromissões negativas das ideologias, das subjetividades e das persuasões pessoais dos agentes públicos julgadores/juízes ao motivarem as decisões proferidas nos processos, quando decidem as questões neles discutidas, permitindo que as partes exerçam um controle de constitucionalidade da função jurisdicional e de qualidade sobre tais decisões, afastando-lhes os erros judiciários, por meio da interposição de recursos.

No Estado Democrático de Direito, assegura-se, pois, às partes, a participação na construção da decisão, por meio do contraditório, o qual, no Direito Processual Constitucional, complementa-se com o princípio da fundamentação das decisões, garantindo, assim, o controle do processo pelas partes.

Os direitos fundamentais são propiciados pelo Direito Processual Constitucional, e a sua efetividade não é dependente apenas da celeridade do processo, mas também de das garantias constitucionais.

Em conseqüente, só se pode conceber o processo em um Estado Democrático de Direito se este processo estiver de acordo com a Constituição, respeitando todos os princípios, como o acesso à Justiça, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a razoável duração do processo, a celeridade processual, a fundamentação das decisões e do terceiro imparcial, pois a violação de um desses princípios acarretaria a nulidade do processo.

Em seguida dessa acepção de processo, o presente estudo constatou que o contraditório passou a ser mera tese e antítese entre as partes, até então visto como

estático, pois a fundamentação das decisões pelos juízes com argumentos de convicção pessoal do juiz, revelaria uma certa carga de imparcialidade, rompendo a ligação entre o contraditório e a fundamentação das decisões, o que, ainda levaria à impossibilidade das partes a controlar as decisões judiciais.

Cândido Dinamarco, descreve que no conhecimento do processo, pouco acrescenta a afirmação de que ele é instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetos a serem alcançados mediante o seu emprego, é certo que todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina.

Segue o autor mencionando que o raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam, o que significa, que a instrumentalidade do sistema processual é aliada pela visão dos resultados que dele espera a nação, pois a tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados.

Assim, evidencia-se que o contraditório estático não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, devendo ser empregado no Direito Processual Constitucional o contraditório dinâmico, o qual, aliado à fundamentação das decisões judiciais, permite aos legitimados exercer o controle sobre a atividade jurisdicional, especialmente sobre as decisões dos juízes.

Ainda, a legitimidade das decisões judiciais está vinculada à fundamentação, como previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fundamentação essa que não se deve limitar à convicção do juiz, mas explorar todo o contraditório realizado pelas partes.

Logo, a fundamentação das decisões judiciais e o contraditório são princípios que devem ser utilizados concomitantemente, a fim de assegurar a efetividade do processo e o controle da atividade do Estado-juiz, a fim de evitar-se um ativismo judicial exagerado, conforme entende Dierle José Coelho Nunes¹⁴⁹:

O processo que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que

¹⁴⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Belo Horizonte: Boletim Técnico OAB/MG, 2004. Pg. 41.

após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz passa em um estado democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir o efetivo diálogo dos sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental.

Diante de tais preceitos, é certo que o fundamento constitucional do contraditório no Brasil encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, pois de acordo com este dispositivo constitucional a garantia do contraditório e da ampla defesa tem que ser assegurada em qualquer processo judicial ou administrativo, com os meios e recursos a ela inerentes.

Contudo, mesmo sabendo que a Constituição de 1988 estendeu a observância deste princípio ao processo administrativo, com os meios e recursos a ela inerentes, a sua leitura ao pé da lei traduz ainda uma visão voltada para a bilateralidade de audiência que permite tão somente uma análise estática ou forma do conteúdo da referida garantia.

Ressalta-se ainda que os argumentos racionais utilizados pelo juiz na fundamentação da decisão deverá ter exata correlação entre os argumentos das partes no contraditório, pelo que entende-se que as partes influenciam a construção da decisão judicial.

Assim, evitam-se decisões surpresas no Direito Processual Constitucional, pois às partes será possibilitado o controle da atividade do juiz.

Diante do exposto, tem-se que com a finalidade de concretizar esta transformação social, ao se aplicar e interpretar a norma jurídica em conformidade com a Constituição de 1988, não se pode, em nenhum momento, esquecer os postulados do Princípio Constitucionais, bem como o Princípio do Contraditório.

Por fim, conclui-se que para que o Princípio do Contraditório seja plenamente concretizado é necessário que o cidadão seja ouvido perante o juiz que irá proferir a decisão, garantindo-lhe o pleno exercício de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo, sendo que o contraditório não

pode mais ser visto como uma mera formalidade a ser cumprida, mas deve ser enfrentado como um instituto essencial de auxílio na aproximação do processo com a verdade material e, conseqüentemente, com o decidir justo no caso concreto, exigindo um constante diálogo entre todos os envolvidos no processo, que devem estar em posição hierárquica similar, sendo plenamente concretizado em nosso ordenamento, pois necessita-se que tal princípio tenham eficácia social, obtida mediante a participação direta de toda os sujeitos do processo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)**. Coimbra: Almedina, 1988.

ADOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de processo**, São Paulo, v. 87, p. 9 -11, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 90, 1999.

_____. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: [s.n], 1995.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v.1, n. 6. p. 131-148, 2008.

_____. Ensaio de uma Teoria Geral do Processo de base principio lógicas: sua aplicação no processo legislativo, executivo e jurisdicional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org). **O Brasil que queremos**: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte:Puc-Minas, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3. ed. Rio de janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAENEGEM, R.C. Van. **Oráculos da Lei ou *Bouche de la Loi***: Considerações históricas sobre o papel dos juízes. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL O PERFIL DO JUIZ NA TRADIÇÃO OCIDENTAL. Lisboa: Almedina, 2007.

CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Paradigmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, p. 477-480, mai., 1999.

CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COELHO, Fábio Alexandre. **Teoria Geral do Processo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Juarez Silva, 2007.

COMPARATO. Fábio Konder. A Estraneidade dos Direitos Humanos na América Latina. In: **Revista Latino Americana de Derejos Humanos**, Lima: Red LA/ MIIC, fev.1989.

CORDEIRO LEAL, André. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito**: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2005. 133f. Tese (doutorado) – Pontifca Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio (Coords.). **Curso de especialização em direito previdenciário**. Curitiba: Jaruá, 2006.

DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2002.

DEL NEGRI, André L. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova, Cedam, 1992.

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIORATTO, Débora Carvalho. **A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões na Construção do Estado Democrático de Direito**. Débora Carvalho Fioratto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Revista Eletrônica do Curso de Direito (PUC Minas Serro), v. n. 1, 2010.

GUASTINI, R.; REBUFFA, G. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, nº 3, p.107-121, jan./jun. 1995.

LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático**. 2005. 133f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2005.

_____. **O contraditório e a fundamentação das decisões: No direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002

_____. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

_____. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009.

LEITE, Roberto Basiole. Hermenêutica constitucional com processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecília Caballero.(coord.) **Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: A Constituição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça**. São Paulo: Landy, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do Tratamento Paritário das partes. In: TUCCI, Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MACIEL, Omar Serva. **Princípio de subsidiariedade e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado contemporâneo**. In: Estudos de direito processual civil em homenagem a Egas Direceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOREIRA, Vital. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais**. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio n.10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MISHRA, Ramesh. **O Estado-providência na sociedade capitalista**. Oeiras: Celta, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado**. 9.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Belo Horizonte: Boletim Técnico OAB/MG, 2004.

_____. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para a democratização processual civil. 217 f. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008.

_____. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2010

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. São Paulo: Forense Jurídica, 2008.

PISANI, Andrea Proto. **Appunti sulla giustizia civile**. Bari: Cacucci, 1982

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RITTER, Gerhard. **El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: [s.n.], 1995.

_____. **Estudo sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional: Princípios Constitucionais do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SÁ FILHO, Francisco de. **Relações entre os Poderes de Estado**. Rio de Janeiro: Bristol, 1959.

SILVA, Ovídio A. Batista. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do Júri: Símbolos & Rituais**. Porto Alegre: Livro do Advogado, 1998.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 4.ed. São Paulo:Malheiros, 2001.

SILVA, Ênio Moras da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, a. 42, n. 167, p. 213-229, jul./set. 2005.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição.** Del Rey: Belo Horizonte, 2007.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura. *In:* GUASTINI, R.; REBUFFA, G. **Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile.** Bologna: Il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. **Revista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile,** Milano, v. 63, n. 1,p. 72, mar. 2009.

_____. **La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi.** Bologna: Soc. Editrice il Mulino, 1980.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma Crítica do Estado.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1990.